DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

4

Douglas Santos Mezacasa
(ORGANIZADOR)

Ano 2023

DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

4

Douglas Santos Mezacasa
(ORGANIZADOR)

Ano 2023

CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS

Direito: ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos 4

Diagramação: Ellen Andressa Kubisty
Correção: Soellen de Britto
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizador: Douglas Santos Mezacasa

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito: ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos 4 / Organizador Douglas Santos Mezacasa. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-1522-0
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.220231207

1. Direito. 2. Leis. I. Mezacasa, Douglas Santos (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

O mundo jurídico é uma teia complexa e fascinante, onde se entrelaçam ideias, práticas, instituições e agentes que moldam e influenciam o funcionamento da sociedade. Neste terceiro volume da série “Direito: Ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos”, adentramos ainda mais profundamente nesse universo dinâmico, buscando compreender suas nuances e desvendar os desafios e dilemas que permeiam a busca pela justiça e pela ordem.

O direito, como fenômeno social, transcende os limites das leis e dos códigos escritos. Ele se manifesta nas interações cotidianas, nas práticas jurídicas dos profissionais do ramo, nas instituições que o sustentam e nos agentes que o aplicam e interpretam. Neste livro, propomos uma abordagem ampla e abrangente, buscando traçar um panorama completo das diferentes dimensões do direito e explorar sua relação intrínseca com a sociedade.

Mergulhando nessas ideias que moldam o direito, a Atena Editora lança a sua terceira edição da coletânea intitulada “Direito: Ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos 3”, coleção composta por trinta e um capítulos, divididos em dois volumes, que conecta pesquisadores especialistas, mestres e doutores de instituições localizadas de todas as áreas do Brasil.

Trata-se de uma obra que discute temáticas variadas de todos as searas das grandes áreas das Ciências Jurídicas. De maneira geral, os capítulos, que abordam esses espaços, estruturam-se com o objetivo de analisar a aplicação das fontes do direito como forma de reflexão acerca da sua concretude e eficácia aos casos concretos.

Essa terceira edição realizada em formato de e-book, traz inovações nas pesquisas jurídicas e nas áreas de concentração do direito contemporâneo. Nesse sentido, a coletânea abordará temas relativos a biodiversidade, tecnologia, direitos humanos. Direito tributário, análises jurisprudenciais, impactos da pandemia no sistema jurídico brasileiro, entre outros.

Tais temas diversos e interessantes são, deste modo, discutidos aqui com a proposta de fundamentar o conhecimento de acadêmicos, mestres, doutores e todos aqueles juristas que de alguma forma se interessam pela ciência jurídica e pelo Direito. Possuir um material acadêmico que reflita a evolução de diferentes áreas do direito e da sociedade, de forma temporal, com dados e resultados substanciais e concretos torna-se muito relevante para o campo da pesquisa no Brasil.

Deste modo a obra Direito: Ideias, práticas, instituições e agentes jurídicos apresenta uma teoria bem fundamentada nos resultados práticos obtidos pelos diversos professores, acadêmicos e pesquisadores que arduamente desenvolveram seus trabalhos que aqui serão apresentados de maneira concisa e didática. Sabemos o quão importante é a divulgação científica, por

isso evidenciamos também a estrutura da Atena Editora capaz de oferecer uma plataforma consolidada e confiável para estes pesquisadores exporem e divulguem seus resultados.

Douglas Santos Mezacasa

SUMÁRIO

SUMÁRIO

MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO INOVAÇÃO TECNOLÓGICA DIANTE DA PERSPECTIVA DE DESENCARCERAMENTO DO SISTEMA PRISIONAL CATARINENSE

Data de aceite: 02/05/2023

Juliana Cancelier Simonin
Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)

Gisele Mazon
Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)

RESUMO: A exemplo do que ocorre em todas as regiões e estados brasileiros, o sistema prisional de Santa Catarina sofre com a superlotação e más condições das unidades prisionais, o que vem reforçando uma perspectiva de desencarceramento que demanda a busca por inovações, como na utilização do monitoramento eletrônico. O presente artigo científico busca a realização de uma análise sobre a incorporação do monitoramento eletrônico como inovação tecnológica dentro da perspectiva de desencarceramento dentro do sistema prisional do estado brasileiro de Santa Catarina. Para tanto foi realizada uma pesquisa teórica que envolveu consultas aos referenciais teóricos publicados ao longo dos últimos 5 anos (2019-2023), bem como a análise documental de documentos e dados oficiais sobre a matéria. Os resultados alcançados confirmaram que o monitoramento eletrônico de fato desponta como uma inovação para promover o desencarceramento dentro do sistema prisional catarinense, devendo ser somado a outras alternativas do Poder Público visando o enfrentamento da superlotação e de outros problemas relacionados ao estado de precariedade dos estabelecimentos prisionais de Santa Catarina. Conclui-se que os investimentos e esforços em prol do monitoramento eletrônico podem desafogar o sistema prisional catarinense dentro dos critérios estabelecidos pela legislação vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Prisional Catarinense; Desencarceramento; Monitoramento Eletrônico; Uso de tornozeleira eletrônica.

ELECTRONIC MONITORING AS A TECHNOLOGICAL INNOVATION FACED WITH THE PERSPECTIVE OF RELEASEMENT OF THE PRISON SYSTEM IN CATARINA

ABSTRACT: As in all Brazilian regions and states, the prison system of Santa Catarina suffers from overcrowding and poor conditions in prisons, which has been reinforcing a perspective of release

that demands the search for innovations, such as the use of electronic monitoring . This scientific article seeks to carry out an analysis on the incorporation of electronic monitoring as a technological innovation within the perspective of extrication within the prison system of the Brazilian state of Santa Catarina. To this end, a theoretical research was carried out that involved consulting the theoretical references published over the last 5 years (2019-2023), as well as document analysis of documents and official data on the subject. The results achieved confirmed that electronic monitoring in fact emerges as an innovation to promote extrication within the prison system of Santa Catarina, and should be added to other alternatives of the Public Power in order to face overcrowding and other problems related to the state of precariousness of prisons. from Santa Catarina. It is concluded that investments and efforts in favor of electronic monitoring can relieve the Santa Catarina prison system within the criteria established by current legislation.
KEYWORDS: Santa Catarina Prison System; Extrication; Electronic Monitoring; Use of electronic anklet.

1 I INTRODUÇÃO

O Sistema Prisional Brasileiro é alvo de duras e justificáveis críticas dentro da sociedade contemporânea, não apenas pela precariedade e falta de infraestrutura em suas instalações, como também pela superlotação dos estabelecimentos prisionais e pelo seu caráter essencialmente punitivo, o que gera a necessidade de uma reflexão crítica sobre o mesmo e acerca das possibilidades de inovação que podem ser utilizadas nos seus processos de modernização e manutenção (Dela-Bianca, 2020).

Dentre essas inovações, uma alternativa para a melhoria do sistema consiste no monitoramento eletrônico dos detentos, tecnologia desenvolvida pelo psicólogo norte-americano Robert Schwitzgebel na década de 1960, o qual é conceituado como a atividade de fiscalização extramuros dos que cumprem penas privativas de liberdade, com o emprego de equipamentos tecnológicos que permitem tomar conhecimento sobre a exata localização na qual o indivíduo se encontra (Vale; Oliveira Júnior, 2022).

Isso posto, o objetivo geral do presente estudo consiste em analisar a incorporação do monitoramento eletrônico como inovação tecnológica dentro da perspectiva de desencarceramento dentro do sistema prisional do estado brasileiro de Santa Catarina. Para possibilitar o alcance do referido objetivo geral, os objetivos específicos foram definidos na seguinte disposição:

- Apresentar o histórico da utilização do monitoramento eletrônico e os conceitos dessa tecnologia;
- Contextualizar o sistema prisional catarinense a partir de dados e informações recentes sob a perspectiva da necessidade de desencarceramento;
- Analisar a tecnologia de monitoramento como uma possibilidade para promover melhorias relacionadas ao desencarceramento de presos dentro do sistema

prisional de Santa Catarina.

O problema de pesquisa, ou seja, a questão que se busca responder a partir do desenvolvimento do estudo consiste no seguinte: quais são as possibilidades envolvendo a utilização do monitoramento eletrônico no enfrentamento da superlotação do sistema penitenciário catarinense? A justificativa para a elaboração da pesquisa se dá justamente na necessidade de explorar medidas alternativas voltadas para o enfrentamento do problema de superlotação dentro das unidades prisionais de Santa Catarina, sendo que o uso das tornozeleiras eletrônicas pode contribuir para o 'desafogar' do sistema prisional do estado.

2 | REFERENCIAL TEÓRICO

Segundo Vale e Oliveira Júnior (2022) o primeiro dispositivo voltado para o monitoramento eletrônico foi desenvolvido nos anos 1960, nos Estados Unidos, pelo psicólogo Robert Schwitzgebel. No entanto, os autores apontam que pela insuficiência tecnológica da época incapaz de fornecer a abrangência e flexibilidade necessárias, o dispositivo só passou a ser utilizados de modo efetivo na década de 1980, pelo magistrado Jack Love, tendo o objetivo de evitar o encarceramento e seus efeitos negativos no país, sobretudo ao não promover a ressocialização dos condenados.

Dela-Bianca (2020) destaca que a utilização pelo magistrado Love ocorreu em abril de 1983 na cidade de Albuquerque, após contato com Mike Goss, representante comercial da companhia Honeywell, sendo que o próprio Jack Love a testou em si mesmo, pelo período de três meses e, após constatar sua eficácia, passou a implementá-la progressivamente em três prisioneiros. A autora aponta que após a implementação bem-sucedida da inovação, a mesma passou a ser difundida por diversos países, como Inglaterra, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Suécia, Espanha, Portugal e Holanda.

De acordo com Campello (2019) a tecnologia passou a se popularizar diante do contexto de superlotação dos presídios ao redor do mundo, estabelecendo outras penas alternativas para casos específicos, sendo uma possibilidade para acompanhar e monitorar a localização de detentos no cumprimento da prisão domiciliar, na qual condenados passam a cumprir suas penas em suas próprias casas, a partir de normas específicas estabelecidas nos ordenamentos jurídicos dos países.

Especificamente no caso brasileiro, a primeira experiência com o monitoramento eletrônico se deu em Guarabira (no estado da Paraíba), com uma ideia inicialmente desenvolvida no ambiente acadêmico, o que despertou o interesse do Juiz da Vara das Execuções Penais da comarca, Dr. Bruno Cesar Azevedo Isidro, passando a incorporar a tecnologia no ano de 2007 (Dela-Bianca, 2020).

Dentro do Parlamento brasileiro, o Projeto de Lei do Senado Federal nº. 175/07, que buscava alterar o Código Penal e a Lei de Execuções Penais (LEP), passou a prever a vigilância de pena com o rastreamento eletrônico em casos de penas restritivas de

liberdade, nos regimes aberto ou semiaberto e na progressão para tais regimes, na saída temporária do regime semiaberto, em pena restritiva de direitos com restrição de horários ou da frequência a determinados lugares, prisão domiciliar, livramento condicional ou suspensão condicional da pena (Vale; Oliveira Júnior, 2022).

Santos e Xavier (2021) apontam que o derradeiro momento para a implementação do monitoramento eletrônico deu-se com a Lei nº. 12.258/10, introduzida no Título V (Da Execução das Penas em Espécie, na forma dos artigos 146-A a 146-D da LEP. Percebe-se, portanto, que a experiência com monitoramento eletrônico de detentos no Brasil é ainda bastante recente em comparativo com a experiência de outros países, como a Inglaterra, que incorporou a tecnologia em 1995, o Canadá, que a implantou em 1989 e a Nova Zelândia, que também passou a utilizar a vigilância eletrônica em seu território no ano de 1995 (Dela-Bianca, 2020). Em posse dessas informações, o capítulo seguinte busca abordar o conceito de monitoramento eletrônico dentro das noções de desencarceramento.

Figura 1 – Tornozeleira eletrônica utilizada no monitoramento de um apenado. Fonte: (Reprodução) RBS-TV[1].

Santos e Xavier (2021, p. 40) definem o monitoramento eletrônico como sendo um “aparelho tecnológico de supervisão acoplado em tempo integral no indivíduo e ligado a uma central de recebimento de informações, de modo que seu hospedeiro será vigiado 24 horas por dia”, sendo algo possibilitado pelos avanços tecnológicos que permitiram a vigilância integral de apenados fora dos muros do estabelecimento prisional. Para Melo (2023) uma forma de simplificar o entendimento sobre o que é o monitoramento eletrônico

1 Disponível em <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/justica-do-df-regulamenta-uso-de-tornozeleira-eletronica--na-capital-federal.ghtml> Acesso: mai. 2023.

consiste em entende-lo a partir da utilização de tornozeleiras eletrônicas com o intuito de promover a vigilância dos condenados.

No mesmo sentido, Dela-Bianca (2020, p. 34) leciona que "o monitoramento pode ser empregado como uma pena autônoma, restritiva de liberdade, devendo ser cumprida em local diferente do estabelecimento prisional", de modo a utilizar a tecnologia em prol da vigilância de apenados, sendo uma inovação aclamada dentro das propostas de desencarceramento dos sistemas prisionais. Portanto, o próprio conceito de monitoramento eletrônico está vinculado ao ideário de inovação tecnológica.

Gomes, Morais e Soares (2020) afirmam que o desencarceramento, no âmbito da justiça restaurativa, busca corrigir o problema de superlotação dos estabelecimentos prisionais: esse problema agrava um sistema que já enfrenta uma série de dificuldades como a falta de infraestrutura e de recursos públicos nos presídios brasileiros, de modo que o desencarceramento vai na contramão de uma lógica punitiva, permitindo que em situações específicas os apenados possam cumprir sua pena fora dos muros destes estabelecimentos.

De acordo com Santos, Machado e Jaborandy (2021) a realidade atual do sistema prisional brasileiro enfrenta desafios decorrentes do encarceramento e massa e do descumprimento de direitos e garantias fundamentais dos sujeitos submetidos à custódia:

> O sistema carcerário brasileiro apresenta uma estrutura deficitária e é palco de graves violações de direitos humanos, privando a respectiva população dos direitos sociais básicos (saúde, alimentação, educação, trabalho, integridade física, direito à vida, direito à assistência jurídica, proteção à infância e maternidade, dentre outros). Ainda em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), atento ao problema ora posto, reconheceu, por meio da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n.347), essa violação de direitos humanos e o "estado de coisas inconstucional"6 no sistema carcerário brasileiro, ao passo em que determinou a realização obrigatória das audiências de custódia e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (Santos, Machado, Jaborandy, 2021, p. 5).

Segundo Sionti (2021) a superlotação dos presídios é também um problema quando se reflete sobre as funções da pena, dentro de uma lógica extremamente punitivista, na qual o objeto não se dá na ressocialização dos sujeitos. Dessa forma, o desencarceramento consiste em uma possibilidade de avançar no desenvolvimento do sistema prisional nacional, tendo foco na ressocialização dos apenados e contribuindo para a melhoria dos estabelecimentos prisionais brasileiros de um modo geral.

Dentro da visão de Santos e Xavier (2021) o monitoramento eletrônico é a principal inovação tecnológica que possibilita o desencarceramento, dentro de casos específicos previstos na legislação prisional, de modo que o condenado pode estar em relativa liberdade, obedecendo às condições específicas de sua situação, e sendo monitorado de modo permanente pelo Estado, aumentando as chances de ressocialização de um modo geral e 'desafogando' a superlotação dos estabelecimentos prisionais. O monitoramento

também é utilizado dentro de outras situações, como em saídas temporárias de condenados do presídio, conforme disposto no parágrafo primeiro do artigo 124 da 12.258/10 (Brasil, 2010).

Ora, o desencarceramento pode ser uma possibilidade para o enfrentamento da superlotação prisional e para a reforma do sistema presidiário como um todo, de modo que o monitoramento eletrônico pode ser empregado como uma possibilidade inovadora. Dentro desse contexto, torna-se possível apresentar o sistema prisional catarinense, analisando a incorporação da tecnologia como uma possibilidade de desencarceramento.

Segundo Machado (2019) o sistema prisional de catarinense é considerado um 'modelo' dentro da insólita realidade presidiária no Brasil, sendo administrado pela Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa, ligada ao governo do Estado, com competências definidas na Lei Complementar n. 741/19. Tal autora aponta que o sistema engloba 50 unidades prisionais, as quais são divididas em regionais (Grande Florianópolis, Sul Catarinense, Norte Catarinense, Vale do Itajaí, Região Serrana e Meio Oeste Catarinense, Região Oeste e Médio Vale do Itajaí:). Contudo, "revista evidenciado que o Sistema Prisional catarinense, assim como os dos demais Estados do Brasil, também possui problemas advindos da superlotação carcerária" (Machado, 2019, p. 84). O problema de superlotação do sistema catarinense também é relatado por outros autores, como Duarte (2022) e Coan (2021).

Cardim (2022) destaca que Santa Catarina encontra-se entre os estados com a maior população carcerária sendo que o estado possui no total 19.420 vagas em penitenciárias, contando com quase 26 mil presos, o que representa um déficit de 4.500 vagas. Portanto, embora o sistema possa ser considerado de melhor qualidade do que os sistemas prisionais de outros estados e regiões brasileiras, ele também padece do mesmo mal que acomete todo o sistema nacional: a superlotação de detentos.

Historicamente, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina realizou destaca a superlotação, inexistência de cálculo do custo mensal pro preso e de informações sobre a reincidência e carência de recursos humanos como os principais problemas enfrentados[2]. Portanto, a superlotação dos presídios catarinenses consiste em um dos principais desafios a serem enfrentados.

Kempner-Moreira e Freire (2020) apontam que a Segurança Pública envolve toda uma rede voltada à prevenção da violência e do cometimento de crimes, o que inclui não apenas forças policiais e o Judiciário, mas também o próprio sistema prisional, destacando que Santa Catarina é um estado inovador dentro do leque de possibilidades de fortalecimento da Segurança Pública, a exemplo da instauração do Colegiado Superior de Segurança Pública e Perícia Oficial:

> O modelo colegiado de Santa Catarina é inovador, pioneiro e, porque não

2 Disponível em < https://www.jusbrasil.com.br/noticias/tce-sc-faz-radiografia-do-sistema-prisional-catarinense/217832795 > Acesso: mai. 2023.

> dizer, corajoso. Não é fácil reunir na mesma mesa dirigentes de diferentes corporações que, historicamente, competiram entre si, para que, a partir de agora, passem a trabalhar colaborativamente. A combinação destes elementos permite o compartilhamento de responsabilidades e poder de influência, gerando resultados mais efetivos para as ações de segurança pública e, consequentemente, para a sociedade (Kempner-Moreira; Freire, 2020, p. 72).

Diversos estudos vêm sendo produzidos com o intuito de avaliar o monitoramento eletrônico como uma possibilidade para proporcionar o enfrentamento do problema de superlotação prisional e para o fortalecimento da Segurança Pública nos estados brasileiros, a exemplo de Vale e Oliveira Júnior (2022), os quais defendem a medida como uma alternativa ao encarceramento, tendo como resultado prático a diminuição da população carcerária e acatando ao objetivo de humanização das penas, fortalecendo a capacidade de ressocialização dos condenados.

Pontes (2019) aponta que a vigilância eletrônica é concebida como uma alternativa eficaz, segura e mais barata ao erário, criminologicamente fornecendo uma transformação do sistema penitenciário com o surgimento de uma nova cultura de controle do crime. Destaca também que no Brasil inexistem penas perpétuas ou de morte, de modo que os criminosos eventualmente retomarão as ruas, sendo indispensável a ressocialização:

> (...) a utilização do monitoramento eletrônico deve ser vista como uma solução pragmática e eficaz na resolução de alguns pontos falhos do sistema penitenciários que encontramos hoje e que tendem a piorar com o passar do tempo. Mas para isso, se faz necessário que os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana sejam observados. Ainda deverão ser vislumbradas as finalidades preventivas das penas, e não simplesmente o aumento da intensidade das punições existentes. Não é demais lembrar que no Brasil não existe pena de caráter perpétuo, deste modo, todos os encarcerados um dia sairão de suas celas, resta a nós como sociedade, escolher a forma que iremos querer a volta do convívio destes atuais criminosos e futuros cidadãos. Teremos que escolher se queremos o retorno deles como membros produtivos da sociedade ou como novos criminosos, cada vez mais perigosos e violentos (PONTES, 2019, p. 44).

Dentre os autores utilizados na elaboração do presente estudo, há consenso sobre a utilização do monitoramento eletrônico como uma possibilidade de fazer com que o sistema penitenciário passe por uma reforma necessária, enfrentando a cultura punitivista e contribuindo para enfraquecer a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Contudo, os autores consideram que se trata de uma medida que deve acompanhar outras inovações do sistema, de modo que, isoladamente, a vigilância eletrônica não pode contornar os problemas expostos dentro do sistema prisional catarinense.

3 | METODOLOGIA

Quanto ao tipo de pesquisa, o presente estudo se classifica como teórico, uma vez que se propõe à análise da questão apresentada a partir da análise referencial e documental do tema, e não de modo empírico, o que envolveria a comprovação prática de um estudo de caso. A literatura científica consultada para a elaboração da pesquisa se deu nas bases de dados Scielo, CAPES e GoogleScholarship considerando estudos publicados ao longo do recorte temporal de 5 anos (2019-2023) fazendo o uso dos seguintes descritores: Monitoramento eletrônico; superlotação nos presídios; sistema carcerário. Ademais, foram consultados documentos públicos oficiais do estado de Santa Catarina relacionados à temática do monitoramento eletrônico de detentos.

A pesquisa se classifica ainda como qualitativa, uma vez que os resultados podem ser qualificados a partir da objetividade em constatações de um diagnóstico real do tema de, sendo uma pesquisa subjetiva que envolve o estudo da experiência humana a partir das percepções dos autores e documentos consultados (Oliveira, 2010). O estudo foi produzido entre os meses de abril e maio de 2023.

Dentre as técnicas de pesquisa utilizadas, a pesquisa documental envolve a legislação pertinente à correta colocação dos fatos, bem como a comprovação legal dos dados apresentados, bem como outros documentos oficiais correlatos disponibilizados na Internet. Os dados foram analisados com base nas contribuições teóricas de outros autores sobre o tema, refletindo na análise crítica da autora do presente artigo científico.

4 | APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

Conforme observado ao longo do capítulo 2, há consenso na literatura científica sobre a possibilidade de fazer uso do monitoramento eletrônico, quando pertinente, para enfrentar os problemas relacionados à superlotação e à cultura do encarceramento. Embora Santa Catarina tenha sido citada como modelo de sistema prisional, o estado encontra-se com graves problemas de superlotação na atualidade, devendo buscar alternativas para a controvérsia, como a própria utilização do monitoramento eletrônico.

O Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional (GMF) foi criado pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo como objetivo a fiscalização e monitoramento do sistema catarinense e orientar o exercício da atividade jurisdicional criminal e de execução penal, sendo responsável pela divulgação de notas técnicas e cartilhas sobre o monitoramento eletrônico[3].

Informações do grupo apontam que o monitoramento eletrônico é aplicável em 81 comarcas, sendo Abelardo Luz, Araquari, Araranguá, Ascurra, Balneário Camboriú, Balneário Piçarras, Barra Velha, Biguaçu, Blumenau, Bom Retiro, Brusque, Caçador, Camboriú, Campo Belo do Sul, Campo Erê, Campos Novos, Canoinhas, Capital, Capivari

3 Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/grupo-de-monitoramento-e-fiscalizacao> Acesso: mai. 2023.

de Baixo, Chapecó, Concórdia, Criciúma, Curitibanos, Dionísio Cerqueira, Fraiburgo, Garopaba, Garuva, Gaspar, Guaramirim, Herval do Oeste, Ibirama, Içara, Imbituba, Indaial, Ipumirim, Itá, Itaiópolis, Itajaí, Itapema, Itapiranga, Itapoá, Ituporanga, Jaraguá do Sul, Joaçaba, Joinville, Lages, Laguna, Mafra, Maravilha, Meleiro, Mondaí, Navegantes, Otacílio Costa, Palhoça, Papanduva, Pinhalzinho, Porto União, Presidente Getúlio, Rio do Campo, Rio do Oeste, Rio do Sul, Rio Negrinho, Santa Cecília, São Bento do Sul, São Domingos, São Francisco do Sul, São João Batista, São José, São José do Cedro, São Lourenço do Oeste, São Miguel do Oeste, Sombrio, Taió, Tangará, Tijucas, Trombudo Central, Tubarão, Turvo, Videira, Xanxerê e Xaxim[4]. Deste modo, percebe-se que o monitoramento já é uma realidade no sistema prisional catarinense.

No Termo de Cooperação Técnica nº. 123/17[5] foi determinada a aplicação do monitoramento aos presos provisórios, cumpridores de medida cautelar e aos presos em cumprimento de pena, através da utilização de tornozeleiras eletrônicas decorrentes do Convênio n. 100/14, reforçando a necessidade de viabilidade técnica dentro das comarcas catarinenses. A regulamentação do monitoramento eletrônico no estado deu-se com a Resolução Conjunta GP/CGJ N. 4 de 7 de julho de 2016[6].

Contudo, destaca-se que a crise penitenciária acomete também os sistemas de monitoramento eletrônico, vide Ofício nº. 1.137/17[7], no qual verificou-se que o Departamento da Administração Prisional possuía 187 tornozeleiras eletrônicas no ano de 2017, sendo que 156 estavam em pleno uso. Considerando uma população carcerária de quase 26 mil presos, portanto, apenas uma parcela ínfima da mesma poderia ser beneficiada do monitoramento eletrônico. A situação é igualmente preocupante considerando os dados da época, a superlotação e falta de tornozeleiras eletrônicas também foi reiterada pelo Tribunal de Contas catarinense[8]. Contudo, avanços importantes foram realizados no período posterior: no ano de 2021, a Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa (SAP) disponibilizou 5.000 tornozeleiras, contratadas por meio de licitação e sob demanda[9].

Para mencionar um caso específico dentro do estado, destaca-se a Penitenciária de Florianópolis, que já foi interditada por superlotação no ano de 2023: construída ao fim da década de 1980, a mesma foi projetada para disponibilizar 1.387 vagas, mas, na atualidade, conta com um total de 1.694 presos e 538 presos provisórios, com 1.762 em

4 Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/369487/Comarcas+com+tornozeleiras+dispon%C3%AD-veis/cd050079-9b72-4de0-923e-c0f36662af66> Acesso: mai. 2023.
5 Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/369487/Termo+de+Coopera%C3%A7%C3%A3o+T%-C3%A9cnica+n.+123-2017.pdf/9c6d043e-2f60-4e85-847a-ed823a0ab215> Acesso: mai. 2023.
6 Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=160800&cdCatego-ria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc=> Acesso: mai. 2023.
7 Disponível em <> Acesso: mai. 2023.
8 Disponível em < https://www.tcesc.tc.br/tcesc-reitera-determinacoes-para-melhorar-gestao-do-sistema-prisional-do--estado > Acesso: mai. 2023.
9 Disponível em < https://www.sc.gov.br/component/acymailing/listid-5/mailid-11417-governo-do-estado-disponibiliza--cinco-mil-tornozeleiras-para-o-monitoramento-eletronico?tmpl=component&tmpl=component > Acesso: mai. 2023.

regime fechado e 381 em regime semiaberto[10]. Uma análise minuciosa dos casos aptos à utilização do monitoramento eletrônico, nesse contexto, poderia ser uma alternativa viável para 'desafogar' a unidade, melhorando as condições e infraestrutura da mesma.

A literatura científica apresentada ao longo do capítulo 2 defende o monitoramento eletrônico como uma das possibilidades para o enfrentamento do problema. No entanto, cumpre-se reforçar que o monitoramento eletrônico não é uma 'solução milagrosa' para todos os problemas do sistema penitenciário catarinense, mas sim um ponto de melhoria voltado para casos aplicáveis, nos quais os detentos estejam aptos para o cumprimento da pena fora dos muros da cadeia e que não representem um perigo para a Segurança Pública dos cidadãos de Santa Catarina.

Diante de todo o exposto, também cumpre-se destacar a necessidade de refletir sobre os demais problemas evidenciados dentro do sistema prisional catarinense de um modo geral. A utilização do monitoramento eletrônico representa apenas um dentre os remédios disponíveis para promover o desencarceramento, sendo necessária a realização de investimentos e a elaboração de políticas públicas que possam ampliar a cobertura e oferecimento de tornozeleiras eletrônicas e promover o enfrentamento dos demais desafios correlatos para uma reforma prisional em Santa Catarina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Prisional Brasileiro como um todo sofre com problemas relacionados à superlotação dos estabelecimentos, o que também é verdadeiro para o sistema prisional dentro da realidade local de Santa Catarina, demandando a busca por soluções e oportunidades para a superação dos desafios. No presente estudo foi investigada a utilização do monitoramento eletrônico como uma inovação possível para a resolução das controvérsias tendo como base a perspectiva de desencarceramento.

Como visto, há um consenso na literatura científica consultada sobre o potencial de empregar o monitoramento eletrônico como um dos caminhos para o desencarceramento, dentro das possibilidades estabelecidas na legislação sobre o tema. Contudo, é necessário considerar a escassez de recursos públicos para o setor e a crise penitenciária catarinense como fatores relevantes dentro dessa equação. O monitoramento eletrônico não deve ser compreendido como um 'remédio milagroso' que fará com que os problemas do sistema sejam magicamente resolvidos, mas deve ser sim compreendido como um dos caminhos para a transformação.

Conforme dados do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional (GMF) atualmente são 81 as comarcas que fazem uso da tecnologia através das tornozeleiras eletrônicas. E, nesse sentido, observou-se um grande crescimento nos investimentos por

10 Disponível em < https://scc10.com.br/seguranca/por-superlotacao-penitenciaria-de-florianopolis-ja-havia-sido-parcialmente-interditada-ha-9-dias/ > Acesso: mai. 2023.

parte do Poder Público de Santa Catarina para ampliar a oferta e cobertura de tornozeleiras eletrônicas em todo o estado, o que demonstra os esforços voltados para proporcionar o desencarceramento dentro da perspectiva catarinense.

Santa Catarina possui no total 19.420 vagas em penitenciárias, contando com quase 26 mil presos, o que reforça a necessidade de fortalecer medidas como o monitoramento eletrônico. No entanto, há a necessidade de buscar outros caminhos para a resolução dos problemas evidenciados. Também se faz necessária uma alteração na lógica punitivista do sistema prisional, enfatizando a necessidade de ressocialização dos apenados, uma vez que, não havendo prisão perpétua ou pena de morte no Brasil, os condenados um dia recuperarão a sua liberdade.

Diante de todo o exposto, o estudo validou o monitoramento eletrônico como uma possibilidade de desencarceramento considerando o sistema prisional catarinense, demonstrando progressos realizados ao longo dos últimos. Destaca-se que a tecnologia é considerada ainda bastante recente no estado, de modo que novos esforços e iniciativas devem ser realizados para fortalecer a inovação.

REFERÊNCIAS

Brasil (2010). **Lei nº. 12.258/10**. Brasília: Senado Federal.

Campello, R.U (2019). **Faces e interfaces de um dispositivo tecnopenal: o monitoramento eletrônico de presos e presas no Brasil**. Tese (Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Cardim, I (2022). **Santa Catarina está entre os estados com a maior população carcerária** (Internet). RadioagênciaNacional. Disponível em < https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2022-01/santa-catarina-esta-entre-os-estados-com-maior-populacao-carceraria#:~:text=Santa%20Catarina%20possui%20ao%20todo,um%20d%C3%A9ficit%20de%20 4.500%20vagas. > Acesso: mai. 2023.

Coan, P.P (2021). **Economia Política Do Trabalho Prisional: A Mais Valia Do Cárcere Nas Parcerias Laborais Entre O Sistema Prisional Catarinense E A Iniciativa Privada**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos, Sociedade e Estado, da Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma.

Dela-Bianca, N.A (2020). **Monitoramento eletrônico de presos. Pena alternativa ou medida auxiliar da execução penal**. Teresina, rev. unieducar, ESET (Escola Superior de Estudos e Pesquisas Tributárias), 2020.

Duarte, B.A.M (2022). **A Pandemia De Covid-19 E Seus Impactos No Sistema Prisional Catarinense: A Burocracia Como Empecilho Ao Direito De Visita**. Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Curso de Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Serviço Social, Florianópolis.

Gomes, C.R; Morais, F.M.B.B; Soares, Y.F (2020). **A Justiça Restaurativa pela perspectiva interseccional entre raça, gênero e classe para o enfrentamento da violência doméstica**. Anais do 11º Encontro Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias – GITEP/PPGPSDH UCPel / nov.

Kempner-Moreira, F; Freire, P. (2020). **Redes Interorganizacionais De Aprendizagem Para A Segurança Pública: o modelo do Colegiado Superior de Segurança Pública e Perícia Oficial do Estado de Santa Catarina**. Revista Do Instituto Brasileiro De Segurança Pública (RIBSP) - ISSN 2595-2153, 4(8), 59–77.

Machado, J.M.S (2019). **A Proteção Ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado No Sistema Prisional Catarinense**. Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí.

Melo, L.T (2023). **A Aplicação Do Monitoramento Eletrônico Como Forma De Coibir A Violência Doméstica No Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Sousa.

Oliveira, C.L (2010). **Um Apanhado Teórico-Conceitual Sobre A Pesquisa Qualitativa: Tipos, Técnicas E Características**. Travessias, ed. 4.

Pontes, I.F (2019). **Monitoramento Eletrônico Como Alternativa À Problemática Da Superlotação Carcerária Nacional**. Projeto de Monografia apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito, do Centro Universitário Leão Sampaio, Juazeiro do Norte.

Santos, A.S.F; Xavier, K.H.R (2021). O Monitoramento Eletrônico Na Atualidade Brasileira. Piracanjuba: Editora Conhecimento Livre. 70f.

Santos, S.A; Machado, C.A.A; Jaborandy, C.C.M (2021). **O Princípio Da Fraternidade Como Fundamento Jurídico Para O Desencarceramento**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 15, Nº 3, set./dez.

Sionti, V. dos S. (2021). **Indulto e desencarceramento no Brasil**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo.

Vale, A.P.O; Oliveira Júnior, V.C (2022). **O monitoramento eletrônico de presos como alternativa ao encarceramento na comarca de Mossoró/RN**. Repositório Universitário, anima educação, 17 jun. 2022.

MULHERES CAMPONESAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA AGROECOLÓGICA

Data de aceite: 03/07/2023

Lorena Cristina Moreira

INTRODUÇÃO

O alimento fornece a energia e os nutrientes necessários para a formação de inúmeras substancias que são fundamentais para o crescimento e a sobrevivência dos seres vivos, sendo, portanto, uma necessidade vital (ALFONSIN, 2003, p. 105), no entanto, apesar de reconhecido pela Constituição Federal de 1988, esse direito não vem sendo concretizado, situação agravada pela situação pandêmica de COVID-19.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), o Brasil voltou ao mapa da fome no ano de 2021. O relatório elaborado pela FAO mostra que entre os anos de 2019 e 2021, 15 milhões de brasileiros passaram fome. Além disso, o estudo também verificou que 3 em cada 10 brasileiros não sabem se vão fazer a próxima refeição. E 61 milhões de brasileiros encontraram dificuldades para se alimentar nesse mesmo período (FAO, 2022, p. 212-222).

Diante dessa situação alarmante, o presente estudo dedica-se, como objetivo geral, a discutir os possíveis motivos para o Brasil ter retornado ao mapa da fome. Como objetivos específicos, é pretendido traçar um histórico sobre o direito à alimentação adequada, justamente porque consideramos que o problema da fome é uma mazela trazida pela colonização europeia.

Percorrendo a história recente do Brasil, mais precisamente após a colonização europeia, podemos afirmar que o problema da fome sempre esteve presente, sem que o Estado se preocupasse com a criação de políticas públicas de segurança alimentar, bem como sem que o Direito reconhecesse o direito a uma alimentação adequada.

Em contraponto, aponta-se a agroecologia como uma alternativa ao problema da insegurança alimentar no Brasil, em oposição ao modo de produção

capitalista, que é baseado na exploração de mão-de-obra barata, desrespeito a direitos trabalhistas e ambiental, com uso de agrotóxicos e sementes transgênicas.

Por meio do método hipotético-dedutivo, com a técnica de revisão bibliográfica e de normativas, trazemos a agroecologia como uma hipótese de sistema alimentar, político e de cosmovisão para uma produção alimentar saudável, com respeito às legislações, baseado em sementes crioulas, sem uso de agrotóxicos, contra o patriarcado, com apoio à agricultura familiar e aos movimentos sociais de luta pela terra.

A perspectiva metodológica é a teoria da decolonialidade, formulada por um grupo de pesquisadores latino-americanos, sobretudo na obra organizada por Edgardo Lander, intitulada "A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e Ciências Sociais, perspectivas latino-americanas".

O Direito Agrário é um complexo jurídico de normas relacionadas ao campo, bem como ao uso e a posse da terra, autônomo (autonomias legislativa, científica e didática), mesclando direito público e privado e tem como objetivo principal regulamentar as relações do ser humano com a terra (BENATTI, et al, 2015, p. 29).

Nesse sentido, as reflexões do conjunto de sujeitos (as), processos, ações e institucionalidades relacionadas ao uso da terra, dos recursos naturais e da função socioambiental da terra, discutindo a colonização do Brasil, o patriarcado, o capitalismo e como esses processos estruturaram um espaço agrário em que as mulheres, apesar de exercerem papel primordial, sofrem com diversos tipos de violências advindas desse patriarcado.

Além disso, a função socioambiental da terra também representa instrumento de luta popular e empoderamento, nas palavras de Rodrigues e Tárrega (2015, p. 109) é:

> [...] uma forma de empoderamento popular para questionar as violências físicas e epistêmicas perpetradas pela modernidade e, no contexto latino-americano, pela colonialidade, que legitima e autoriza determinados sujeitos sociais a falar, possuir bens, produzir/impor conhecimento, criar normas jurídicas e sociais, enquanto outros sujeitos são subalternizados e autorizados a obedecer [...] (RODRIGUES; TÁRREGA, 2015, p. 109).

Nesse sentido, o tema da pesquisa engloba o direito humano e constitucional à igualdade de gênero, a agricultura familiar agroecológica e a reforma agrária, se amoldando na área de concentração do programa e na linha de pesquisa "Direito Agroalimentar, Territorialidades, Subjetividades Constitucionais e Convencionais e Proteção Jurídica".

1 I DISCUSSÕES SOBRE O DIREITO À ALIMENTAÇÃO, O BRASIL NO MAPA DA FOME E A AGROECOLOGIA

No âmbito internacional, o direito à alimentação adequada é reconhecido pela primeira vez na Declaração Universal de Direitos Humanos, no seu artigo 25. O cenário após o fim da Segunda Guerra Mundial originou um processo de preocupação internacional

a respeito de temas de garantia da dignidade da pessoa humana.

O direito à alimentação é um direito humano fundamental, conforme nos ensina Reis (2012, p. 120):

> Numa perspectiva moderna, pensar em políticas públicas significa pensar em direitos que são garantidos na forma da lei, que se desdobram em políticas públicas, em programas e projetos estatais que visam assegurar minimamente que cada brasileiro possa ter o direito ao trabalho, ao alimento, à saúde e à sua sobrevivência com qualidade de vida. Inúmeros são estes direitos, entre os quais destacamos o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA), do qual advém a garantia da segurança alimentar e nutricional (SAN), que é então proposta como diversas políticas públicas que vão garantir ao indivíduo, grupo ou comunidade, usufruir dessa premissa. Entre estas políticas, sobretudo as que tratam da alimentação, propõe-se a reflexão sobre a reforma agrária, cuja luta pela terra representa a luta pelo direito de nela produzir e sobreviver.

No mesmo sentido, as Conferências da ONU, desde a de Estocolmo em 1972 até a Rio+20, reconheceram o direito não só à alimentação, mas ao que chama de desenvolvimento sustentável. No âmbito da América Latina, a Cúpula Mundial de Alimentação: cinco anos depois, em 2001, resultou na criação de um Grupo de Trabalho Intergovernamental para a implementação de mecanismos de concretização do direito à alimentação.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 591/1992, reconhece expressamente o direito à alimentação, no seu artigo 11. Além disso, reconhece que é direito fundamental de toda pessoa estar protegida contra a fome.

Já o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 592/1992, apesar de não tratar expressamente do direito à alimentação, reconhece-o por meio de todo o seu texto, protegendo a dignidade da pessoa humana contra a miserabilidade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil sob o Decreto n. 678/1992, em que pese não falar especificamente sobre alimentação ou fome, refirma o direito à dignidade da pessoa humana contra todo o tipo de miséria.

Quase 15 anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio do Senador Antônio Carlos Valadares (PSE/SE), foi apresentada proposta de emenda constitucional afim de inserir expressamente o direito à alimentação como um direito social, no artigo 6º da Carta Magna. Após cerca de 7 anos de tramitação, a proposta foi aprovada e promulgada a Emenda Constitucional n. 64/2010, que reconheceu o direito à alimentação como um direito fundamental social.

No entanto, já no ano de 1991, antes mesmo de o Brasil ratificar as convenções internacionais que tratam sobre o direito à alimentação, o Partido dos Trabalhadores propôs a criação de uma política de segurança alimentar, o que foi utilizado pelo governo de Itamar Franco, no ano de 1993, para a criação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar

(CONSEA). A Política Nacional de Segurança Alimentar, por sua vez, só foi criada no ano de 2006, com a Lei n. 11.346 e regulamentada em 2010, no Decreto n. 7.272, se tornando uma política pública.

No entanto, desde os entraves do acesso justo e igualitário à terra, provedora dos alimentos indispensáveis à existência humana (MARÉS, 2003, p. 12), a negação dos povos africanos e indígenas como pessoas humanas, as violências contra os camponeses sem terra até a morosidade na edição de leis para o reconhecimento do direito humano e fundamental à alimentação adequada (REIS, 2012, p. 119), em um Estado que mais parece servir ao mercado capitalista, o Brasil se encontra no mapa da fome.

No Brasil, do modo de produção do escravismo colonial resultou o sequestro de milhares de pessoas no continente africano, que foram desconsideradas quanto a sua condição humana e de sujeitos de direitos. Desse processo, também origina-se mazelas até hoje presentes no país, dentre elas, a insegurança alimentar.

Isso porque, a modernidade considerou a natureza como mercadoria, que o ser humano deve superar e dominar e, uma vez que as sociedades naturais estão ligadas à natureza, foram consideradas inferiores. A própria modernidade é a raiz dos ideais capitalistas, que até hoje continuam considerando os povos tradicionais/originários como um entrave ao desenvolvimento, do ponto de vista estritamente economicista (MARÉS, 2015, p. 63).

Estudar a universalização da modernidade europeia, por meio da colonização, enquanto projeto para a criação de um padrão de poder mundial (capitalista) é o ponto de partida na tentativa de entender porque o Brasil voltou para o mapa da fome no ano de 2021. Isso porque a modernidade expulsou a natureza, transformando-a em mercadoria. Assim, tudo que era natural, foi considerado como inimigo (MARÉS, 2015, p. 89).

É importante afirmar que, o conceito de sujeito utilizado nessa pesquisa vai além do *sujeito de direito*, presente na Teoria Pura do Direito, como pessoa enquanto sujeito de direitos e deveres. Ao invés disso, utiliza-se o conceito de *sujeito histórico*, enquanto composto histórico, que participa dos processos, sendo uma identidade produzida em determinado período. Desse modo, é necessário compreender em qual período da História está o sujeito (ORLANDI, 2022, p. 59).

Nesse sentido, o processo de colonização europeia das Américas, sobretudo, da América Latina, enquanto um dos pilares da modernidade, trouxe como consequências: a expulsão da natureza, a escravização dos povos africanos e de seus descendentes e o genocídio e etnocídio dos povos indígenas. O que aconteceu de forma devastadora nos processos coloniais latino-americanos (MARÉS, 2015, p. 45).

Na trajetória percorrida pelos povos africanos e os seus descendentes, resultou uma América, sobretudo a chamada de *Latina*, repleta de desigualdades e distorções, como consequências da colonização. Além disso, a configuração delineada após as duas Guerras Mundiais e pela Guerra Fria resultou no cenário de globalização hegemônica e no

imperialismo estadunidense, que vivemos nos dias presentes.

O Estado é a principal instituição política da modernidade, ao lado do mercado. Sendo assim, o mercado se fundamenta e se sustenta no Estado, uma vez que este último objetiva transformar as relações de poder em dominação, conseguindo o consentimento dos dominados, por meio de uma racionalidade legal (as leis), apagando a História e as resistências.

Desse modo, essa ideia a respeito do Estado enquanto consolidador do capitalismo, reforça a ideia de que a violação dos direitos dos povos quilombolas se deve muito a toda essa estrutura burocrática institucional, que está a serviço do capital. É importante destacar que o CONSEA foi extinto pelo governo de Jair Bolsonaro no ano de 2019, pela Medida Provisória n. 870, convertida na Lei n. 13.844/2019.

Desse modo, os Estados Nacionais formados, sobretudo na América Latina não corresponderam aos anseios das maiorias, uma vez que essa é composta por povos indígenas, quilombolas e outros povos tradicionais. Pelo contrário, na maioria dos países, como é o caso do Brasil, o Estado Nacional foi criado a partir da perspectiva da minoria branca e elitizada.

Em contraponto, a agroecologia emerge nos debates atuais sobre a produção alimentar, principalmente, diante do crescimento do lucro do agronegócio com as *commodities* em detrimento da situação das populações mais pobres e que sofreram mais profundamente os impactos da pandemia de COVID-19.

O conceito de agroecologia é muito complexo, podendo se caracterizar como uma prática dos camponeses, resgatando conhecimento ancestrais sobre agricultura. Mas, também pode se apresentar como uma agricultura dos novos tempos e com a criação de novas tecnologias (PIMENTEL, 2020, p. 67).

A agroecologia é vista como a produção de alimentos para além do não uso de agrotóxicos, que preocupa-se com a natureza, com a diversificação da produção, com as práticas agroflorestais, com a não mecanização completa do trabalho, com a policultura, com os saberes e práticas tradicionais, sendo antagônica ao modo de produção capitalista (PIMENTEL, 2020, p. 69).

Ao considerar a agroecologia uma ciência para um futuro sustentável Caporal e Costabeber (2015, p. 273) afirmam que: “a agroecologia é entendida como um enfoque científico destinado a apoiar a transição dos atuais modelos de desenvolvimento rural e de agricultura convencionais para estilos de desenvolvimento rural e de agriculturas sustentáveis”.

Enquanto um novo projeto de campo, o movimento social *Via Campesina* vem construindo conceitos importantes sobre agroecologia, que destaca, especialmente, a consideração da natureza como um organismo vivo. E que a agroecologia não se contrapõe às forças produtivas, nem objetiva substituir os avanços tecnológicos, mas, trata-se da escolha de tecnologias apropriadas, métodos mais eficientes e práticas que considerem

esse organismo vivo (GUHUR, 2015, p. 295).

Por outro lado, os desafios para essa transição são enormes, considerando que ainda vivemos em verdadeiros sistemas coloniais. A ideia central da teoria da decolonialidade é que a América Latina, mesmo após o fim das colonizações europeias, ainda vivem sob dominação eurocêntrica, principalmente no que se refere ao poder e ao saber. Sendo assim, é necessária uma verdadeira emancipação (descolonização) dos países-latino americanos.

Considera-se que a Europa não seria o que é hoje sem a América Latina e esta última tem papel central na globalização e na construção social da atualidade. As colonizações europeias na América Latina desconsideraram os povos tradicionais e a natureza, baseadas na visão capitalista hegemônica (QUIJANO, 2005, p. 52; MARÉS, 2015, p. 68).

2 I PRONAF E A AGROECOLOGIA

A Política Nacional da Agroecologia e Produção Orgânica - PNAPO, estabelecida pelo Decreto 7.794/2012, propõe que o Estado estabeleça ações possibilitem a transição agroecológica no Brasil, com apoio aos sujeitos do campo, dentre esses a mulher camponesa. Desta forma, é preciso que o Estado crie políticas públicas que possam possibilitar a construção de uma agricultura mais sustentável e com o fortalecimento dos sujeitos do campo que a fazem. Assim, o tema da pesquisa é a relação da política pública denominada “Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Mulher”, cuja principal diretriz é a promoção da segurança e da soberania alimentar.

Considerando o papel primordial da agricultura familiar no país e o protagonismo das mulheres camponesas, esse trabalho busca investigar o PRONAF MULHER e quais os impactos essa política pública tem na vida das mulheres camponesas e na adoção de técnicas de agricultura mais sustentável.

As colonizações das Américas, principalmente da América Latina, separaram os seres humanos da natureza, transformando-a em mercadoria (SOUZA FILHO 2021), bem como o capitalismo considera como valor somente aquilo que tem sentido monetário (FEDERICI 2019). Portanto, a modernidade é um processo através do qual a Europa difundiu o capitalismo e os seus modos de vida, principalmente, utilizando-se das colonizações das Américas e da África (QUIJANO 2005). Processos esses que desconsideraram os povos indígenas, os negros e os camponeses, sobretudo, as mulheres como sujeitas de Direito (SOUZA FILHO 2021). Nesse sentido, o problema da pesquisa diz respeito aos efeitos que o patriarcado capitalista advindo da colonização da América Latina tem nos problemas atuais enfrentados pelas mulheres camponesas.

O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar enquanto política pública específica para mulheres camponesas e agroecologia no Brasil. Almeja-se descrever o processo colonial do ponto de vista histórico, em um primeiro momento, para entender a situação das mulheres camponesas e as políticas públicas que foram

desenvolvidas ao longo do tempo com enfoque nessas sujeitas de Direito

Como resultados parciais, têm-se que o PRONAF-Mulher contribui pouco para o fortalecimento das mulheres camponesas na produção agroecológica, devido à poucos investimentos públicos e o aumento do endividamento dos sujeitos do campo, por ser uma política de financiamento.

Na atualidade, os problemas que o patriarcado capitalista trouxe necessitam de políticas públicas capazes de apoiar e incentivar as mulheres camponesas, para que elas possam se desenvolver, tendo em vista que direito humano e constitucional à alimentação adequada encontra-se intimamente ligado a atuação das mulheres camponesas, uma vez que elas exercem papel essencial na produção alimentar no campo (LIMA; PEREIRA, 2020).

3 I PATRIARCADO E AS MULHERES CAMPONESAS

A Constituição Federal 1988 consagra o direito de igualdade de gênero, no artigo 5º, inciso I. Além disso, é um direito que também está garantido pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Nessa linha, as Constituições dos Estados latino-americanos, a partir da Constituição Brasileira de 1988, vem inserindo os direitos socioambientais em seus textos, direitos das mulheres, do meio ambiente e dos povos indígenas, quilombolas e outros povos tradicionais, o que vem sendo chamado de novo constitucionalismo latino-americano ou constitucionalismo democrático latino-americano, de gênese anticolonial (SOUZA FILHO, 2017, p. 212-213).

No entanto, a colonização, o capitalismo e o patriarcado construiu uma estrutura de dominação masculina e do capital, traduzindo-se, na atualidade, em diversos conflitos agrários envolvendo as mulheres, dificultando a concretização do direito de igualdade previsto na Constituição Federal de 1988. Em contraponto ao modelo do agronegócio, dominante nos espaços agrários do Brasil, a agricultura familiar, onde o papel das mulheres é essencial, representa instrumento de luta e concretização de direitos (Cima, et al, 2020, p. 11-13).

A reforma agrária no Brasil enfrenta enormes desafios diante do agronegócio, do capitalismo e da elite conservadora que domina a política do país. Desse modo, só se faz reforma agrária por meio dos movimentos sociais de luta pela terra e, a partir deles, o Estado concretiza os assentamentos de reforma agrária, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 186, determina que toda a propriedade rural deve cumprir com a sua função social, uso adequado de recursos naturais, respeito às leis ambientais e trabalhistas, o que é limitado pelo próprio texto constitucional, no artigo 185, que prevê que propriedade produtiva não será desapropriada.

A reforma agrária vai muito além da distribuição da terra e constituição dos

assentamentos, sendo que a agricultura familiar de base agroecológica e o trabalho das mulheres camponesas são muito relevantes nesses processos, o que desencadeou estudos que envolvem as lutas dessas mulheres camponesas contra o agronegócio e o patriarcado, em um verdadeiro feminismo camponês popular (LIMA; PEREIRA, 2020, p. 87).

No Estado de Goiás, segundo o INCRA, existem 308 projetos de assentamentos rurais, envolvendo cerca de 13.000 famílias, distribuídos nos 105 municípios, numa área total de 720.435 hectares. A reforma agrária em Goiás, traduzida em assentamentos, iniciou-se no ano de 1986 e está estagnada desde o ano 2017. Esses assentamentos são mais numerosos nas regiões oeste e norte do Estado, sendo que o primeiro projeto foi o dos assentamentos “Mosquito”, no município de Goiás (INCRA, 2022).

4 I VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES CAMPONESAS

A dominação econômica e patriarcal está presente no Brasil desde a época colonial. O desprestígio do trabalho doméstico, que é considerado pelo capitalismo como “improdutivo”, é ainda mais latente no meio rural, onde as mulheres começam a trabalhar nos “serviços de casa” muito cedo. Além disso, elas têm protagonismo na produção de alimentos da agricultura familiar, no entanto, menos incentivo do Estado, no que se refere às políticas públicas. Nesse sentido:

> [...] O processo de exclusão das mulheres das políticas públicas e o desprestígio do trabalho doméstico, considerado “improdutivo” pela ótica mercantilista do sistema capitalista, sempre foi assunto marginal em programas de governo e na ação dos gestores de tais programas. Essa realidade tem sido questionada e mudada, embora lentamente, graças às pressões dos movimentos sociais organizados com forte aval das feministas [...] (FERNANDES, 2013, p. 158).

Nessa esteira, como já mencionado, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, traz o direito à igualdade entre todos, sem nenhuma distinção, inclusive de sexo, consistindo em igualdade de gênero. A Carta Magna traz esse direito como fundamental. Além disso, trata-se de um direito humano, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos também estabelece essa igualdade.

No entanto, a violação do direito de igualdade é constante nos espaços, sobretudo, agrários. As mulheres no campo exercem múltiplos papeis, principalmente, na agricultura familiar e na agroecologia, mas, sofrem violências diversas.

A partir do ano de 2003, os movimentos de mulheres do país conseguiram com que o governo federal implantasse a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, por meio da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

A Lei Maria da Penha, a criação do Fórum de Elaboração de Política para o Enfrentamento à Violência contra as Mulheres do Campo e da Floresta, o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e a implementação da Rede Integrada

de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência são conquistas importantes das mulheres brasileiras nos últimos anos (CONTAG, 2008).

Porém, no ano de 2018, o governo de extrema direita que assumiu a Presidência do Brasil, é abertamente misógino e machista em seus discursos e, o Ministério da Família, da Mulher e dos Direitos Humanos não vem desenvolvendo nenhum projeto relevante contra a violência contra a mulher, seja ela real ou simbólica, ainda mais para as mulheres rurais, que são ainda mais invisibilizadas.

Além disso, apesar do protagonismo das mulheres trabalhadoras rurais nas lideranças dos movimentos pela conquista de direitos das mulheres no Brasil, sendo que, inclusive, foi a Comissão Nacional de Mulheres Trabalhadoras Rurais (CNMTR), que coordenou a 1ª Marcha das Margaridas, reunindo mais de vinte mil mulheres que destacaram a questão da violência contra a mulher, ainda existem poucas pesquisas acadêmicas que tratem sobre a violência contra as mulheres rurais no país (CONTAG, 2008).

Por outro lado, a perspectiva agroecológica vai contra todos os tipos de violência contra as mulheres camponesas, indo muito além da produção de alimentos saudáveis e de proteção à natureza. Desse modo, as relações da agricultura familiar, dos feminismos e da agroecologia estão muito presentes na luta pela concretização do direito de igualdade.

A partir dessas considerações, surge o problema jurídico da pesquisa: Qual a efetividade do direito humano e constitucional à igualdade de gênero nos assentamentos de reforma agrária do Estado de Goiás, a partir da perspectiva da agricultura familiar agroecológica?

5 I A AGRICULTURA FAMILIAR E A IGUALDADE DE GÊRERO

Considerou-se importante o estudo de conceitos como gênero, patriarcado, agroecologia, agricultura familiar, reforma agrária e o direito humano e constitucional à igualdade de gênero.

Nesse sentido, a obra “La guerra contra las mujeres”, de Rita Laura Segato, centrada na questão de gênero, trata do retorno de um discurso conservador e retrógrado a respeito da violência contra a mulher e sobre as questões específicas do patriarcado a partir da colonização e do capitalismo.

Cunhando o conceito de patriarcado a partir da colonização europeia da América, essa autora afirma que o patriarcado não nasceu com a colonização, no entanto, foi muito aprofundado nesse processo. Isso se deu, principalmente, porque a colonização transformou o âmbito doméstico, que era público, em espaço privado, e limitou a atuação e poder de decisão da mulher ao âmbito doméstico, que foi sendo cada vez mais invisibilizados (SEGATO, 2016).

O livro “Mulheres e caça às bruxas”, de Silvia Federici, nos permite compreender o histórico europeu e latino-americano do patriarcado e das violências contra as mulheres,

bem como o papel do capitalismo nos processos de "caça" antiga e novas contra as mulheres, seja por meio das atrocidades que foram perpetradas no passado ou nas violências e violações de direitos da atualidade.

O livro "Feminismo camponês popular", organizado por mulheres camponesas, nos aproxima das realidades das mulheres nas lutas anticoloniais do campo brasileiro, bem como dos seus papeis na agricultura familiar e como sofrem com o patriarcado estrutural e as colonialidades. Essa obra traz a visão dessas mulheres sobre os seus papeis e a importância dos debates sobre o tema.

Ainda, o texto de Rita Laura Segato intitulado "*Género e Colonialidade: em busca de chaves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial "*, acrescenta na compreensão das questões de gênero dentro dos problemas oriundos dos processos coloniais latino-americanos, nos permitindo refletir a respeito da interligação das colonialidades com o patriarcado.

A leitura reflexiva dos Anais do Congresso "Convergências e divergências: mulheres, feminismos e agroecologia", realizado pela Associação Brasileira de Agroecologia – ABA, em 2021, agregou conhecimentos sobre as relações entre mulheres, feminismos e agroecologia, por meio dos diálogos e vivências de mulheres e também sobre soberania alimentar e avanços e retrocessos da agroecologia no Brasil.

Por fim, os estudos do artigo de Rossana Rocha Reis, "O direito à terra como um direito humano: a luta pela reforma agrária e o movimento de direitos humanos no Brasil é muito relevante, porque a obra traz o direito à terra como um direito humano e traz um histórico que nos permite compreender como aconteceu a formação do espaço agrário brasileiro. Possibilita o entendimento a respeito da trajetória da reforma agrária.

O destaque da obra são os conflitos no campo e todas as lutas travadas pelos movimentos sociais de luta pela conquista do acesso à terra. A autora fala sobre a enorme concentração fundiária no Brasil e a injustiça na distribuição e ações/políticas públicas de acesso e permanência na terra.

6 I O FEMINISMO E OS MOVIMENTOS CAMPONESES

O marco teórico que vai acompanhar o desenvolvimento dessa pesquisa são: os estudos de Rita Segato sobre colonização, patriarcado e gênero. Rita Segato desenvolve estudos feministas sobre o patriarcado e sua relação com a colonização, bem como as questões de gênero. Assim, a autora afirma:

> [...] Esas dimensiones todas están vinculadas al tránsito de nuestras sociedades, de los pueblos que habitan los territorios nacionales de nuestro continente, a la modernidad, siempre colonial. Este tránsito fue primero impulsado por el proceso de la conquista y la colonización conducido por la metrópoli ultramarina, y posteriormente por la administración del Estado construido por las élites criollas. Sin temor a equivocarnos, este proceso también puede ser descripto como "criollización" (SEGATO, 2016, p. 37).

Essa autora relaciona a colonização com o aprofundamento do patriarcado e a dualidade desigual de gênero, em que a mulher passa a ter papel invisibilizado, apenas no âmbito doméstico e ao homem, o poder social de decisão.

Por fim, a interseccionalidade é a categoria teórica que norteia essa pesquisa, com o fim de demarcar o modelo teórico-metodológico adotado, já que é, segundo Akotirene (2018, p. 12):

> [...] uma oferenda analítica preparada pelas feministas negras. Conceitualmente ela foi cunhada pela jurista estadunidense, a professora da teoria crítica de raça Kimberlé Crenshaw, no âmbito das leis antidiscriminação (...) É uma ferramenta teórica e metodológica usada para pensar a inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado, e as articulações decorrentes daí, que imbricadas repetidas vezes colocam as mulheres negras mais expostas e vulneráveis aos trânsitos destas estruturas [...] (AKOTIRENE, 2018, p. 12).

Nesse sentido, a interseccionalidade será usada aqui como uma ferramenta de interpretação, de leitura, com o compromisso de não se afastar de suas origens epistemológicas.

CONCLUSÕES

Observa-se que os países latino-americanos vêm reconhecendo o direito à alimentação nas suas Constituições, como por exemplo, o Brasil, na Constituição Federal de 1988. No entanto, apesar das políticas públicas que foram desenvolvidas entre os anos de 2003 a 2015, sobretudo com o Plano Nacional da Agroecologia e Produção Orgânica (PNAPO) e a criação do Sistema Nacional de Sementes e Mudas (Lei n. 10.711/2003), vivemos em retrocesso na atualidade.

Se olharmos a situação que o país vive desde o ano de 2016, após a deposição da presidente Dilma e o aprofundamento das políticas neoliberalistas, agravada em 2018 pela ascensão de um governo de extrema direita ao poder, podemos concluir que o Brasil está no mapa da fome, sobretudo, pelas políticas de austeridade, como a EC 95/2016 (Teto de Gastos) e por manter um Estado a serviço do mercado desde a colonização europeia.

Desse modo, o país vive a pior face do neoliberalismo, sob os pilares da liberalização dos mercados, privatizações e políticas de austeridade, como é o caso da EC 95/2016 (teto de gastos), que prejudica as classes sociais mais pobres e favorece o mercado, pressupondo Estado Mínimo para os povos e Estado Máximo para o mercado (CARVALHO; COSTA, 2021).

Entretanto, a agroecologia se apresenta para o Brasil como um sistema alimentar, político e de cosmovisão para uma produção alimentar saudável, com respeito às legislações, baseado em sementes crioulas, sem uso de agrotóxicos, contra o patriarcado, com apoio à agricultura familiar e aos movimentos sociais de luta pela terra.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, J. T. **O acesso à terra como conteúdo de direitos fundamentais à alimentação adequada e à moradia**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

CAPORAL, F. R.; COSTABEBER, J. Agroecologia: conceitos e princípios para a construção de estilos de agricultura sustentáveis. In: MAZIN, H.; NOVAES, A. D.; SANTOS, L. (Orgs.). **Questão agrária e cooperação agroecológica**. v. 1. São Paulo: Outras Expressões, 2015, p. 263-284.

CARVALHO, C. S.; COSTA, A. B. da. Estado austeritário versus cidadania: neoliberalismo e efeitos da emenda constitucional 95/2016 sobre o direito à educação no Brasil. In: SOUSA JÚNIOR, J. G. de., et al. **Direito achado na rua**. Brasília: Editora UNB, 2021.

FEDERICI, S. 2019. *Mulheres e Caça às Bruxas*. São Paulo: Boitempo.

GUHUR, D. Questão ambiental e agroecologia: notas para uma abordagem materialista dialética. In: MAZIN, H.; NOVAES, A. D.; SANTOS, L. (Orgs.). **Questão agrária e cooperação agroecológica**. v. 1. São Paulo: Outras Expressões, 2015, p.

LIMA, C. R. M.; PEREIRA, G. V. 2020. Agricultura Camponesa e Agronegócio: mulheres em resistências. Em *Feminismo Caponês Popular: reflexões a partir das experiências do Movimento de Mulheres Camponesas*. São Paulo: Outras Expressões.

MARÉS, C. **A função social da terra**. Rio Grande do Sul: Fabris, 2003.

MARÉS, C. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**. São Paulo, n. 5, v. 66, ago./dez., 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. The State of Food Securiy and Nutrition in the World. 2022.

ORLANDI, E. N., Forma sujeito histórica e sujeito de direito: as bases da sociedade capitalista e os gestos de interpretação. **Revista Rua**. Campinas, v. 48, n. 2, nov., 2022, p. 212-251.

PIMENTEL, A. G. Agroecologia: insurgência pela vida. 2020. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, 2020.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (Org.). A Colonialidade do saber: eurocentrismo e Ciências Sociais, Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires-Argentina: CLACSO, 2005.

REIS, R. O direito à terra como um direito humano: a luta pela reforma agrária e o movimento de direitos humanos no Brasil. **Revista Lua Nova**. São Paulo, v. 86, 2012, p. 89-122.

SOUZA FILHO, C. F. M. 2021. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 10ª reimpressão. Curitiba: Juruá.

QUIJANO, A. 2005. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. EM: *A Colonialidade do saber: eurocentrismo e Ciências Sociais, Perspectivas latino-americanas.* Buenos Aires: CLACSO.

CAPÍTULO 3

O COR-DE-ROSA É MAIS CARO: TRIBUTAÇÃO *PINK TAX* E A POBREZA MENSTRUAL NO BRASIL

Data de aceite: 03/07/2023

Natalie Maria de Oliveira de Almeida
http://lattes.cnpq.br/7704919493602555

Katherinne Duarte Guimarães
http://lattes.cnpq.br/7572278720571372

Lilianne Maria Furtado Saraiva
http://lattes.cnpq.br/3660824190896796

Edith Maria Barbosa Ramos
http://lattes.cnpq.br/7085054421011701

Felipe Costa Camarão
http://lattes.cnpq.br/8243965623943525

Amanda Silva Madureira
http://lattes.cnpq.br/7242518511905743

Jaqueline Prazeres de Sena
http://lattes.cnpq.br/098367424915235

RESUMO: O presente trabalho científico teve como objeto compreender os impactos da tributação *pink tax* na pobreza menstrual no Brasil. Isto é, a pesquisa apresentou as principais problemáticas e consequências geradas pelo sistema tributário brasileiro em relação às mulheres em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Por fim, foram analisadas, brevemente, as políticas públicas tributárias e de saúde pública como possíveis soluções para diminuição da pobreza menstrual e consequente minimização da desigualdade de gênero no Brasil, promovendo inclusão social e dignidade à pessoa humana. Metodologicamente trata-se de pesquisa descritiva, por meio de revisão de literatura e raciocínio hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Pobreza Menstrual. Desigualdade de Gênero. Direito Tributário.

PINK IS MORE EXPENSIVE: THE INFLUENCE OF PINK TAX TIRBUTATION ON MENSTRUAL POVERTY IN BRAZIL

ABSTRACT: The present scientific work aims to understand the influence of the “pink tax” on menstrual poverty in Brazil. That is, the research seeks to present the main problems and consequences generated by the Brazilian tax system in relation to women with socioeconomic vulnerability. Finally, public tax and public health policies will be exposed as a possible solution to reduce menstrual poverty and consequent gender inequality in Brazil, promoting social inclusion and human dignity, through exploratory research, through a review literature and with a hypothetical-deductive

method.
KEY-WORDS: Menstrual Poverty. Gender Inequality. Tax law.

INTRODUÇÃO

Para sobrevivência humana e melhor qualidade de vida, a população necessita de serviços essenciais contínuos, tais como, energia elétrica, água potável e o saneamento básico, estando estes últimos relacionados ao objeto de estudo do presente trabalho científico.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), em um planeta de 8 bilhões de habitantes, 26% da população global não tem acesso à água potável, e cerca de 46% dos habitantes do planeta não possuem serviços de saneamento seguros – algo que afeta diretamente meninas e mulheres, uma vez que a higiene nesse período é imprescindível como modo de prevenção de doenças e bem estar (UNESCO, 2023).

Nesse sentido, a publicação "Pobreza menstrual no Brasil: desigualdades e violações de direitos", elaborada pelo Fundo de População das Nações Unidades (UNFPA) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) destaca entre os fatores que tornam a pobreza menstrual um fenômeno complexo, multidimensional e transdisciplinar a falta de acesso a produtos adequados para o cuidado da higiene menstrual (absorventes de todas as formas); ausência de banheiros seguros e saneamento básico; falta de acesso a medicamentos para administrar problemas menstruais e demais efeitos deletérios da pobreza menstrual sobre a vida econômica e desenvolvimento pleno das pessoas que menstrua. Desse modo, manter essas condições implicaria no impedimento ao alcance da solidificação da agenda 2030, uma vez que impacta diretamente nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) 1 - Erradicação da Pobreza e 3 - Saúde e bem-estar (UNFPA; UNICEF, 2021).

Destaca-se que, pela desigualdade de gênero já existente, muitas mulheres não têm renda, o que dificulta a aquisição de absorventes, culminando na utilização de métodos diversos, não seguros, tampouco higiênicos, como papéis, panos ou reutilização de absorvente descartável.

A soma da ausência de saneamento básico com o alto custo da aquisição de absorventes externos descartáveis resulta no desenvolvimento de doenças que, se agravadas e não tratadas, podem levar à morte, a exemplo de candidíase e infecções urinárias severas.

É nesse contexto que surge a expressão *pobreza menstrual*, resultado da vulnerabilidade socioeconômica, ausência de saneamento básico e políticas públicas, "o termo define a falta de acesso a recursos, infraestrutura e conhecimento para que as pessoas que menstruam tenham plena capacidade de cuidar da sua menstruação" (LIMA;

TORRES; BASTOS, 2023, p. 6). Assim, levanta-se o seguinte problema: "omo garantir a menstruação de forma digna para que não se torne um fardo mensal?".

Desse modo, é inquestionável que a menstruação se trata de um processo natural do corpo humano, que ainda é compreendida enquanto estigma social que, diga-se de passagem, possui tom de misoginia. Além de ainda ser vista como algo negativo, a menstruação também pode se tornar cara, isto porque o Brasil possui alta tributação sobre produtos do gênero feminino que englobam absorventes descartáveis ou não. Esse é o fenômeno *pink tax*.

1 I METODOLOGIA

A presente pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, com a apropriação de conceitos como *pobreza menstrual* e *pink tax*. Para o levantamento das informações necessárias, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais.

Para o levantamento bibliográfico foram utilizados artigos obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na integra em português e inglês, acessados de forma gratuita. Ademais, foram selecionadas revistas científicas na área da Medicina, da Educação, do Direito Sanitário e com extratos elevados, tendo como descritor de buscas os termos: *pink tax*, *pobreza menstrual*, *objetivos do desenvolvimento sustentável* e *higiene menstrual*.

2 I REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O *pink tax* e a desigualdade de gênero no brasil

A proteção constitucional, no que se refere a garantia de tratamento jurídico igualitário entre os gêneros, bem como a busca por uma sociedade mais justa, perpassa no mundo fático por entraves sob o ponto de vista da igualdade material, ocorrendo a denominada desigualdade de gênero (JESUS, 2013).

Nesse sentido, a tentativa de encontrar motivos para a compreensão da desigualdade de gênero é baseada em 05 (cinco) pilares, quais sejam, a complexificação da classe trabalhadora, autoritarismo estrutural, representações sociais e identitária das mulheres, descaso político e social e, por fim, a afirmação profissional das mulheres (MINCATO *et al*, 2013).

A complexificação da classe trabalhadora é decorrente da própria divisão do trabalho que enquadra o trabalho feminino em segundo plano. No mesmo sentido, é o autoritarismo estrutural caracterizado pelo comportamento social em normalizar expressões "(...) como "ocupações femininas", em enunciados ideológicos como "trabalho de mulher", "práticas de trabalho femininas" e nas “escolhas profissionais femininas” (MINCATO *et al*, 2013, p.10).

Por sua vez, as representações sociais e identitária das mulheres são influenciadas pelo contexto histórico em que a figura da mulher é associada às atividades desempenhadas no ambiente doméstico, apesar da inserção no mercado de trabalho. É o que Bourdieu (2011, p.112) caracteriza como "prolongamento das funções domésticas: ensino, cuidados, serviço".

É nesse contexto que o presente trabalho analisa a omissão político-social em relação à necessidade da garantia dos direitos sociais do gênero feminino. Isso porque se verifica que ainda existem mulheres que sobrevivem em estado de vulnerabilidade, considerando que não têm acesso ao mínimo existencial.

O *Pink Tax* é uma forma de perceber, dentro da realidade fática, a existência da desigualdade de gênero, uma vez que os produtos que são destinados ao público feminino são mais caros quando comparados ao público masculino, fator que pode perpetuar a discriminação em relação aos valores de produtos.

Além disso, a desigualdade social é verificada através da alta tributação de produtos que são exclusivamente de uso da população feminina e que são indispensáveis, como, por exemplo, absorvente íntimo. O impacto desta prática reforça, cada vez mais, a desigualdade social existente na sociedade bem como a não concretização de direitos basilares, como o direito à vida e à saúde.

Vale mencionar que a ONU [s.d] ao elencar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável abordou acerca da igualdade de gênero, verifica-se a importância desta pauta para a garantia de uma sociedade mais justa - quinto Objetivo do Desenvolvimento Sustentável promovido pela ONU é a igualdade entre gênero, pois "(...) o desenvolvimento sustentável não será alcançado se as barreiras tangíveis e intangíveis que impedem o pleno desenvolvimento e exercício das capacidades de metade da população não forem eliminadas."

No mesmo sentido, afirma que a discriminação em relação ao gênero tem com o escopo a garantia e promoção do empoderamento da mulher dentro da sociedade, incluído, todos os seus espaços de atuação. Daí a importância de combater práticas abusivas como da *Pink Tax*, bem como a busca da distribuição de absorventes e/ou a diminuição da tributação em cima destes produtos.

A Constituição Federal (CF/88) regulamenta que um dos escopos substanciais da República Federativa do Brasil é a redução da desigualdade sociais, bem como a promoção do bem de todos sem qualquer conduta discriminatória. Em razão disso, consagra a igualdade formal de direitos e obrigações entre gênero feminino e gênero masculino. Em razão disso, consagra a igualdade formal de direitos e obrigações entre homem e mulher (BRASIL, 1988).

Ocorre que o fenômeno denominado de *Pink Tax* demonstra, categoricamente, a existência de conduta discriminatória em relação à figura feminina inserida na sociedade de consumo. Dados estatísticos levantados pela Escola Superior de Propaganda e Marketing

(ESPM), em 2018, revelou que os produtos destinados ao público feminino são, em média, 12,3% mais caros em comparação com os produtos para os homens, a justificativa é em razão da embalagem ser da cor rosa (MARIANO, 2018).

Verifica-se, além da existência da violação dos próprios preceitos constitucionais em que consagra a igualdade entre homem e mulher, a ocorrência da afronta direta à Política Nacional da Relação de Consumo disciplinada no art. 4, IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em que consagra a "(...) coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo (...)" (BRASIL, 1997).

Em âmbito do Direito Tributário, o impacto do *Pink Tax* na cobrança tributária é decorrente da aplicação de alíquotas maiores em produtos de consumo que são exclusivamente para mulheres (absorvente e roupa íntima, por exemplo) e, até mesmo, para produtos que são para ambos os gêneros. É em razão disso que, para Ramos (2020), a regressividade do sistema tributário em face do público feminino implica em questão fisiológicas, bem como de sociais. Portanto, observa-se que a lógica do sistema regressivo tributário "(...) por si só já seria um fator agravante para a desigualdade, uma vez que, ainda que consumissem exatamente a mesma quantidade e os mesmos bens e serviços, haveria uma disparidade na realidade econômica" (SOUSA, 2020, p.58).

Desse modo, a variação exacerbada dos preços dos produtos de consumo, bem como de serviço, para o público-alvo feminino, denominada *Pink Tax*, é consequência do sistema regressivo tributário, uma vez que potencializa a desigualdade de gênero. Em outras palavras, o valor do produto e/ou do serviço incorre não somente no preço diferenciado para o gênero feminino, mas também, na sua tributação.

A finalidade arrecadatória do sistema tributário não pode ser justificativa plausível para violação de preceitos constitucionais e infraconstitucional, como mencionado ao longo do presente objetivo. Em razão disso, é necessária uma sociedade cada vez mais sustentável, fundamentada nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), justa e igualitária não só na dimensão econômica/tributária, mas também, na social, incluindo, a dimensão racional e de gênero. Assim, na questão da tributação deve ser levada em consideração tais escopos.

2.2 *Pink tax* e a pobreza menstrual no Brasil

Por se tratar de assunto pouco debatido, a menstruação não possui ainda a devida atenção pela sociedade e pelo Estado, implicando na ausência de reconhecimento e tratamento como algo natural do corpo de uma pessoa *menstruante* (ASSAD, 2021).

Não tratar o ciclo menstrual como algo normal do corpo humano fomenta a vergonha de tratar acerca do tema, marginalizando essa condição e, por consequência, todo debate que o envolva, incentivando o aparecimento da pobreza menstrual.

Deve-se considerar que a pobreza menstrual pode implicar a violação de direitos

básicos, tais como a privação de saneamento básico, pouco ou nenhum acesso à água tratada e aumento da desigualdade de gênero, algo que também leva à violação da dignidade da vida de uma pessoa que passa a viver em estado periclitante quando não pode cuidar de uma necessidade biológica. Não por outro motivo, o Fundo das Nações Unidas de Apoio à População (FNUAP) resguardou a saúde reprodutiva, ressaltando os direitos sexuais e reprodutivos, os quais se baseiam no direito à integridade corporal, autonomia, igualdade e diversidade, ou seja, liberdades individuais garantidas como direitos humanos (BARGE, 2018).

De acordo com o já mencionado relatório recente da FNUAP e UNICEF (com dados alarmantes sobre a pobreza menstrual no Brasil), mais de setecentas mil meninas não possuem acesso ao banheiro ou chuveiro na sua casa, mais de quatro milhões não conseguem ter itens de cuidados mínimos menstruais, cerca de novecentas mil não tem água tratada e canalizada, e mais de meio milhão não possuem uma residência com saneamento básico.

A soma do estigma da sociedade sobre o ciclo menstrual com a ausência de itens para higiene adequada e a falta de acesso ao banheiro, água tratada e saneamento básico, implicam em impactos físicos, mas também psicológicos, geradores do aumento da desigualdade de gênero. Esse ponto esclarece a relação existente entre a desigualdade de gênero e a pobreza menstrual, visto que é natural pensar que nem todos os seres humanos possuem condições de ter algum item básico de higiene ou também não tem acesso à água tratada e saneamento básico.

O fato é que para meninas e mulheres, a situação se torna mais complicada, pois todo o mês existe um ciclo menstrual que dura pelo menos 05 dias e o fato de sequer conseguir comprar um absorvente impacta em alguns atos da vida civil.

Com o combate à pobreza menstrual, diversos direitos fundamentais poderão ser garantidos. Para tanto, deve-se começar a instituir os absorventes na categoria de item básico de higiene, diminuição sua carga tributária para facilitar o acesso às pessoas em condição de vulnerabilidade socioeconômica.

2.3 Da necessidade de políticas públicas tributárias para uma economia mais justa

A pobreza menstrual é caracterizada pela ausência de recursos materiais (absorventes, remédios para cólica menstrual, estrutura física de banheiros, e entre outros) e imateriais (conhecimento acerca do seu corpo e sobre a saúde menstrual e até mesmo, o tabu e o preconceito em relação ao processo natural e fisiológico do gênero feminino), que impossibilita à figura feminina ao acesso do mínimo necessário na fase da menstruação (LIMA; TORRES; BASTOS, 2023).

Nesse sentido, associada às questões tributárias, causam impactos negativos na

compra de, por exemplo, absorventes e/ou tampões íntimo, intensificando, cada vez mais, a desigualdade social e racial existente na sociedade, as meninas e mulheres acabam tendo a integridade física e psíquica violadas, na medida em que situações, como, por exemplo, utilizar "pedaços de pano usados, roupas velhas, jornal e até miolo de pão"ou "não realizar de três a seis trocas diárias de absorvente, conforme a indicação de ginecologistas", são comuns na realidade fática (UNICEF, 2021 [s.d]).

Em razão deste cenário, a distribuição de absorventes femininos para a população feminina vulnerável é uma medida, sobretudo, necessária para a garantia do seu direito de saúde, bem como direito à vida. Desse modo, há projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional brasileiro que preveem, justamente, a distribuição de absorventes femininos, bem como a diminuição de impostos desses produtos para que os acessos aos produtos sejam, cada vez mais, justos e igualitários.

Em outras palavras, o fornecimento de absorventes higiênicos nas escolas públicas é a garantia tanto sob o aspecto do direito à vida e à saúde da adolescente, sendo inclusive, uma questão de saúde pública, de acordo com a ONU (2014), quanto do direito ao ensino e direito à educação a partir do momento em que combate o abandono escolar, pois dados coletados pela Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) mostram que em razão da menstruação, cerca de 60% das adolescentes já deixaram de ir à escola (BRASIL, 2020).

É substancial a iniciativa de projetos de leis no que se refere ao fornecimento dos absorventes íntimos para público feminino de extrema pobreza, bem como para adolescentes estudantes de escola pública, pois os dados apresentados pelo UNICEF demonstram a urgência necessidade do fornecimento gratuito para as jovens, tendo em vista a situação de vulnerabilidade encontrada.

O impacto da diminuição da tributação em relação aos absorventes é uma das medidas fiscais necessárias para a garantia dos direitos constitucionais da mulher e, principalmente, daquela que sobrevive em situação de vulnerabilidade.

Assim como há projetos de leis que preveem o fornecimento gratuito de absorventes nas escolas públicas, bem como em outros ambientes públicos, há também, projetos de leis que têm a finalidade de instituir a diminuição ou até mesmo, a extinção de qualquer índice tributário em relação aos absorventes íntimos.

Há, portanto, a necessidade da implementação de diplomas legislativos que garantam o acesso e/ou a diminuição de alíquotas tributárias é em decorrência de que o Brasil é um dos países do mundo que mais tributam absorventes e tampões, gerando um ônus que é assumido exclusivamente pela mulher por questões biológicas imutáveis (PISCITELLI, 2019).

Embora dos absorventes tenham alíquotas zero do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI), não significa afirmar que é algo definitivo, pois "(...) a alíquota zero determinada na Tabela do IPI (...) pode ser alterada pelo Poder Executivo a qualquer

momento, pois o princípio da legalidade não é aplicado para medidas administrativas como a TIPI" (NERIS, 2020, p.11).

Apesar da realidade brasileira ainda se encontrar em processo de transformação legislativa em relação ao tema, destaca-se que em alguns países, como Alemanha, Canadá, Quênia e Índia, já há garantia da não incidência de qualquer contribuição tributária em face dos absorventes femininos, enquanto, a França e Luxemburgo reduziram as alíquotas dos tributos e a Escócia fornece gratuitamente o fornecimento de absorventes (LIMA, 2021).

Destaca-se as medidas fiscais enquanto o objetivo-fim para a garantia dos absorventes para as mulheres que estão em situação de vulnerabilidade, a fim de garantir a igualdade de gênero, uma vez que a alta carga tributária de produtos essenciais, como, por exemplo, o absorvente íntimo, incorre de modo massifico para a classe feminina.

Por fim, a necessidade da política fiscal em prol das meninas e mulheres no que se refere à entrega e/ou a diminuição ou isenção de alíquotas indica a importância de políticas públicas garantidoras do mínimo existencial para quem não possui condições financeiras para arcar, mensalmente, com a compra dos absorventes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo contexto, observa-se que o Brasil possui alta tributação sobre os produtos femininos, *pink tax*, em especial, os absorventes.

Por omissão do Estado ou pela falta de uma tratativa mais atenciosa, a pobreza menstrual apenas se agrava à medida que os produtos de higiene menstrual ainda não são tratados como itens básicos e inexiste incentivo à educação sexual e implementação efetiva de uma instituição de sistema de água tratada e saneamento básico.

Muito embora existam diversos projetos de leis em tramitação, há a necessidade de políticas públicas interligadas para sanar a problematização acerca do acesso à menstruação digna, visto que o efetivo combate à pobreza menstrual exige do Estado a garantia do mínimo para sua população no que tange ao fornecimento de água trata e encanada, bem como saneamento básico.

Prosseguindo, ainda que os banheiros fossem construídos e o acesso ao saneamento básico fosse garantido, há a necessidade de acesso aos absorventes seguros.

A fim de fomentar o combate à pobreza menstrual, o Estado deve reconhecer os produtos de higiene menstrual como itens básicos de higiene corporal, podendo incluí-los nas cestas básicas da população.

Feito o reconhecimento como item básico, o absorvente íntimo deve ter uma carga tributária menor, devendo o Estado fornecê-lo gratuitamente para meninas e mulheres em condições de vulnerabilidade socioeconômica.

DECLARAÇÃO DE INTERESSES

Nós, autores deste artigo, declaramos que não possuímos conflitos de interesses de ordem financeira, comercial, político, acadêmico e pessoal.

REFERÊNCIAS

ASSAD, Beatriz Flügel. Políticas públicas acerca da pobreza menstrual e sua contribuição para o combate à desigualdade de gênero. **Revista Antinomias** (2021): 140-160. Disponível em <http://www.antinomias.periodikos.com.br/article/60e39095a9539505a0471774> Acesso em 14 ago. 2021.

BARGE, Inês Gouveia. A gestão da higiene menstrual: perceções sobre direitos sexuais e reprodutivos. 2018. Tese de Doutorado. Instituto Superior de Economia e Gestão. Disponível em <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/16376/1/DM-IGB-2018.pdf>. Acesso em 16 ago. 2021.

BORBA DOS SANTOS NERIS, B. POLÍTICAS FISCAIS E DESIGUALDADE DE GÊNERO: ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO INCIDENTE NOS ABSORVENTES FEMININOS. **Revista FIDES**, v. 11, n. 2, p. 743-759, 21 jan. 2021.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 112.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

BRASIL. RECOMENDAÇÃO Nº 21, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2020. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. SCS - B - Quadra 09 - Lote C - Edifício Parque Cidade Corporate, Torre A Brasília, DF. CEP 70308-200.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Mais de 60% de adolescentes e jovens que menstruam já deixaram de ir à escola ou a outro lugar que gostam por causa da menstruação, alertam UNICEF e UNFPA**, 2021. Disponível: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-de-60-por-cento-de-adolescentes-e-jovens-que-menstruam-ja-deixaram-de-ir-a-escola-ou-a-outro-lugar-por-causa-da-menstruacao>. Acesso em 14 de ago. 2021.

JESUS, Jaqueline Gomes de. FEMINISMO E IDENTIDADE DE GÊNERO: elementos para a construção da teoria transfeminista. **Seminário internacional fazendo gênero 10 (anais eletrônicos)**. Florianópolis, 2013. Disponível em: http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373329021_ARQUIVO_FEMINISMOEIDENTIDADEDEGENERO.pdf. Acesso em: 14 agosto 2021.

LIMA, Paola. **O que é pobreza menstrual e por que ela afasta estudantes das escolas**. Senado Federal, 2021.

MARIANO, F. **Taxa Rosa**. São Paulo: Escola Superior de Propaganda e Marketing, 2018. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2018/07/TAXA-ROSA-GENERO-1.pdf. Acesso em: 03. mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Plataforma Agenda 2030**. Os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

PISCITELLI, Tathiane. **Tributação de gênero no Brasil**. Valor Econômico. São Paulo. 01 ago. 2019.

SOUSA, Roger Vitorio Oliveira. Pink Taxes ou preços sexistas: quebra da isonomia e impacto na cobrança tributária. **Revista Interdisciplinar Sistema de Justiça e Sociedade**. São Luís, v. 1, n. 1, set./dez. 2020.

UNESCO. World water assessment programme. Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos 2023: parcerias e cooperação para a água; fatos, dados e exemplos de ação. Disponível em: < https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384659_por> Acesso em 02. Maio. 2023.

UNFPA. UNICEF. Pobreza menstrual no Brasil: desigualdades e violações de direitos. Maio. 2021.

VIANA DAS CHAGAS LIMA , T.; TORRES DO NASCIMENTO , N. A.; DIAS BASTOS, S. N. Menstruação e pobreza menstrual, precisamos falar sobre isso! :Experimentações didáticas no Programa Residência Pedagógica. Revista Temas em Educação, [S. l.], v. 32, n. 1, p. e-rte321202308, 2022. DOI: 10.22478/ufpb.2359-7003.2023v32n1.64955. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/rteo/article/view/64955. Acesso em: 3 maio. 2023.

CAPÍTULO 4

O CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS PARA O FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: APONTAMENTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

Data de submissão: 08/05/2023 *Data de aceite: 03/07/2023*

Ariele Denczuk Nadal
Universidade Estadual de Ponta Grossa
Ponta Grossa - Paraná
http://lattes.cnpq.br/1503573162858691

Marya Eduarda Ramos Gaudencio
Universidade Estadual de Ponta Grossa
Ponta Grossa - Paraná
http://lattes.cnpq.br/3640605958475523

Karoline Coelho de Andrade e Souza
Centro Universitário de Maringá/ Unidade Ponta Grossa - UNICESUMAR
Ponta Grossa - Paraná
http://lattes.cnpq.br/3843800393382466

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, previsto no art. 149-A, do Código Penal, levando-se em consideração o gênero e idade das vítimas. Para tanto, a metodologia utilizada foi a qualitativa-descritiva, a partir das técnicas bibliográfica e documental. Foi analisada a "evolução" legislativa dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil que têm como objeto a repressão e prevenção do crime, além da legislação interna do país. Ainda, foram analisados os acórdãos de dois processos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, como exemplos práticos de como o Poder Judiciário entende o crime. Para a análise da jurisprudência, utilizou-se de análise documental, e de um processo de escolha por amostragem, selecionando-se um julgado anterior à 2016 e outro posterior. Pode-se compreender que o referido crime ainda é comum no país e, apesar da existência de protocolos internacionais que buscam a cooperação entre países para enfrentar o delito, a mudança legislativa como a que ocorreu em 2016 não contribuiu com esse objetivo, pois ampliou a tipificação da infração, mas também flexibilizou a pena do crime. Ademais, fica evidente que o gênero e a condição social das vítimas têm relevante influência durante a prática do crime. Diante disso, entende-se que o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual é um crime que faz vítimas todos os dias, porém, tal infração não parece receber o tratamento legislativo adequado para que seja combatida (ou pelo menos evitada) de forma eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: exploração sexual, gênero, Lei n. 13.344/2016, tráfico humano.

THE CRIME OF HUMAN TRAFFICKING FOR THE PURPOSE OF SEXUAL EXPLOITATION: LEGAL AND JURISPRUDENTIAL NOTES

ABSTRACT: The present article aims to analyze the crime of human trafficking for the purpose of sexual exploitation, provided for in article 149-A of Penal Code, taking into account the gender and the age of the victims. For this end, a qualitative-descriptive methodology was used, as well as bibliographic and documentary research techniques. Was analyzed the legislative "evolution" of the international treaties ratified by Brazil that have their object the repression and prevention of the crime, in addition to the laws of the brazilian legal system. Besides, two concrete cases of the offense were presented, cases that reached the Federal Supreme Court that are practical examples of how the Judiciary understands crime. For the analysis of the jurisprudence, a documentary analysis was used, and a process of choice by sampling, selecting one case judged before 2016 and another after 2016. This crime is still common in the country and, despite the existence of international protocols that seek cooperation between countries to confront the crime, the legislative change like the onde occurred in 2016 didn't contribute to this goal, because the legislative change expanded the typification of the offense, but also relaxed the penalty of the crime. Furthermore, it is evident that the gender and social condition of the victims have a relevant influence during the committing of the offense. Based on that, it is understood that human trafficking for the purpose of sexual exploitation is a crime that makes victims every day, but this infraction does not receive the adequate legislative treatment to be combated (or at least prevented) effectively.
KEYWORDS: sexual exploitation, gender, Law n. 13.344/2016, human trafficking.

1 I INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas é um crime recorrente no Brasil e no mundo, presente na humanidade há muito tempo. Na forma como está tipificado no Brasil, o crime possui diversas finalidades, no entanto, os fins de exploração sexual serão foco no presente artigo. Para tanto, buscou-se analisar o tema através de uma pesquisa qualitativa e descritiva, por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Portanto, este trabalho, tem por objetivo analisar as principais mudanças legislativas referentes ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual a partir de dois enfoques: a) à nível internacional, por meio da adoção brasileira da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2003 e do Tratado de Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças de 2004; b) à nível nacional, por meio da evolução histórica da legislação, desde a primeira previsão legislativa no Código Criminal/1890 até a última alteração, trazida pela Lei n. 13.344/2016. Uma vez que o crime em análise tem como vítimas, em regra, mulheres, também buscou-se pincelar a questão de gênero que recobre a prática.

Temos que o crime de tráfico de pessoas apresenta-se como um dos formatos de tráfico mais rentáveis do mundo, porém às custas da violação dos direitos humanos das

vítimas. Estima-se uma movimentação de trinta e dois bilhões de dólares por ano, sendo a terceira atividade criminosa transnacional mais lucrativa do mundo, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e armas de fogo, de acordo com a cartilha Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos, publicada em 2013 (BRASIL, 2013).

Dessa forma, entende-se que a questão é de extrema relevância, pois, apesar de não ser muito comentado, trata-se de um delito recorrente no território brasileiro, apresentando mulheres como principais vítimas - em especial aquelas em situação de vulnerabilidade econômica e/ou social. Muitas vezes, o aliciamento ocorre com propostas de emprego para as vítimas, as quais acabam sendo levadas a acreditar que conseguirão uma melhor condição de vida.

Para tanto, o presente artigo está dividido em três seções. A primeira debruça-se sobre as questões de gênero pertinentes ao crime de tráfico de pessoas, apresentando dados relevantes sobre o Brasil e o mundo. O segundo tópico volta-se à análise legislativa do delito em comento, sob os enfoques nacional e internacional e, por fim, a última seção apresenta os resultados da análise comparativa dos acórdãos do STF referentes ao crime, antes e depois da alteração legislativa de 2016.

Temos que dentro da análise legislativa realizada, tem especial relevo a Lei n. 13.344/2016, a qual alterou os artigos 231 e 231-A do Código Penal, e acrescentou o artigo 149-A, pois alterou penas e a estrutura do tipo. Essa mudança alterou também a classificação do crime, antes posicionado no capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, passando a ser localizado no Capítulo que trata dos crimes contra a liberdade individual.

Ademais, levando-se em consideração julgados do Supremo Tribunal Federal analisados, nota-se que, atualmente, a mudança trazida pela Lei n° 13.344/2016 ainda reflete nos casos concretos, já que a pena foi flexibilizada e discute-se a possibilidade da lei retroagir a favor do réu. Em julgados anteriores à referida lei, percebe-se que os artigos 231 e 231-A eram aplicados de maneira abrangente, alcançando o crime de forma eficaz. A alteração legislativa de 2016 não proporcionou o mesmo efeito, sendo que crimes como tráfico de drogas e furto qualificado são penalizados de forma mais severa comparado ao crime de tráfico de pessoas. Dessa forma, a Lei n. 13.344/2016 desfalcou o Código Penal, revogando artigos que estipulavam penas mais proporcionais para o crime de tráfico de pessoas.

2 | QUESTÕES DE GÊNERO

Antes de se iniciar a incursão a respeito da previsão legal do crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, é preciso voltar às questões de gênero e socioeconômicas que permeiam essa atividade criminosa. Tem-se que, como qualquer crime, o tráfico de pessoas tem origens específicas em estruturas e problemas sociais profundamente arraigados em nossa sociedade. Portanto, urge a necessidade de

apresentar o perfil das vítimas que, como será demonstrado, está centrado na posição de vulnerabilidade da mulher na sociedade, em razão da sua condição de ser do gênero feminino.

Assim, no tráfico de pessoas, as mulheres são vítimas mais comuns, como explica Jesus (2003), em razão de aspectos culturais e, também, pela discriminação de gênero, já que, em muitas culturas, as mulheres são "apropriadas", desvalorizadas e/ou vistas como inferiores. Além disso, o corpo da mulher ainda é muito objetificado e, por vezes, é visto como produto, sendo comercializado e fazendo com que as mulheres percam sua autonomia, ferindo a dignidade humana. "Em nenhum lugar a mulher é tratada de acordo com o mérito de seu trabalho, mas apenas como sexo." (GOLDMAN, 2011, p. 249).

Borges (2013) sustenta que, no caso do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, o que importa é a atividade sexual e não o ser humano, ou seja, a fonte de obtenção de lucro está no sexo, estimulando o chamado "mercado do sexo". Nesse sentido, a prostituição forçada é fator agravantes, pois nela o tráfico é "[...] associad[o] aos trabalhos em condições degradantes, como nos trabalhos ou serviços forçados, na escravidão ou práticas análogas [...]". (BORGES,2013, p. 17).

Como informa, mais uma vez, Jesus (2003, p. 20), "As mulheres e as crianças de países subdesenvolvidos estariam mais vulneráveis à exploração porque não conseguem fazer valer seus direitos e permanecem desprotegidas pelo sistema legal". Isso decorre diretamente da desigualdade social e jurídica, pois as mulheres não gozam de oportunidades iguais, principalmente em relação ao emprego. Esses fatos trazem à tona a chamada vulnerabilidade social, descrita por Borges (2013), a qual se torna um fator bastante influente ao se falar dos motivos pelos quais as mulheres submetem-se à prostituição. Muitas vezes, essas mulheres precisam garantir sua sobrevivência e da família através do trabalho sexual, como única alternativa.

Neste sentido, conforme o Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas do UNODC (ONU, 2020), foi constatado que em 51% dos casos de tráfico de pessoas, as vítimas estavam na condição de vulnerabilidade econômica. Essa posição vulnerável das vítimas é o principal meio utilizado para a sedução do crime de tráfico de pessoas, pois há uma parcela considerável de mulheres que, mesmo ciente das condições que serão submetidas, aceitam o risco em razão do suposto retorno financeiro que irão receber. Ademais, em relação ao Brasil, o Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados de 2017 a 2020 (ONU; UNODC; BRASIL, 2021) constatou que a vulnerabilidade econômica das vítimas foi indicada como um dos maiores fatores de risco, sendo que a pobreza e o desemprego são as principais circunstâncias de vulnerabilidade. Dessa forma, a questão econômica, a consequente necessidade de sobrevivência e a busca por uma vida mais digna para si e sua família, são os principais fatores que levam mulheres a serem aliciadas.

Ao analisar o tráfico de pessoas como uma forma de violência de gênero, nota-se, através dos dados do Relatório Global do UNODC (2020), que as principais vítimas

do tráfico de pessoas seguem sendo mulheres e meninas (65%). Quando a finalidade do tráfico é a exploração sexual, 92% das vítimas são do sexo feminino. Nessa perspectiva, 77% das vítimas mulheres foram traficadas para o referido fim, 14% para exploração laboral e 9% para outros fins de exploração. Esse mesmo Relatório deixa evidente que as mulheres sofrem violência sexual, também, como uma forma de coerção e controle.

No âmbito nacional, os canais destinados à denúncia de gênero (Ligue 180) e violação dos direitos humanos (Disque 100) foram instrumentos utilizados para coleta de dados do Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados de 2017 a 2020 (BRASIL, 2021). Desta maneira, pelo Ligue 180 foi apurado que 61% das mulheres foram traficadas para exploração sexual entre os anos de 2017 e 2019. Das denúncias recebidas pelo Disque 100, verificou-se que 58,8% das denúncias eram referentes a mulheres e crianças e 50,9% apontavam para o fim da exploração sexual. Além disso, foi verificado que no período de 2017 a 2019 as denúncias recebidas foram de 31% referente ao tráfico internacional e 69% ao tráfico interno de pessoas.

No Brasil, em agosto de 2022, a Polícia Federal realizou a operação "Lenocinium" de combate a organizações criminosas especializadas no tráfico internacional de mulheres brasileiras para exploração sexual. De acordo com Bentes (2022), uma brasileira teria sido aliciada e levada para a Itália, onde foi mantida em cárcere privado e obrigada a se prostituir. Ela acreditava estar indo para a Itália para obter trabalho. Nota-se que casos como esses são comuns e, com isso, é imprescindível reconhecer o cenário preocupante que o país apresenta em relação ao crime, seja com brasileiras exportadas para outros países ou o próprio país recebendo outras vítimas.

3 I A PREVISÃO LEGISLATIVA REFERENTE AO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

A tipificação do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual recebeu diversas mudanças durante o passar dos anos. O Código Penal teve seus artigos alterados e, recentemente, a Lei n. 13.344/16 acrescentou um novo artigo ao Código. Com isso, é importante que seja realizada uma análise do tratamento do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual com o passar do tempo e, também, da legislação vigente.

3.1 O crime de tráfico de pessoas no âmbito internacional e o Decreto n. 5.017/2004

No plano internacional, a questão do tráfico de pessoas é objeto de discussão através de acordos, convenções, protocolos, pactos e declarações internacionais. Entre os protocolos e convenções mais recentes, pode-se citar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Protocolo de Palermo

(2003). A Convenção contou com complementação de mais três Protocolos, cada um abordando temas específicas do crime organizado: a) Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (2004); b) Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (2004); c) Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições (2006).

O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 231/2003 (BRASIL, 2003), sendo estabelecido seu formato de execução através do Decreto n. 5.017/2004 (BRASIL, 2004). Desta maneira, o Protocolo foi criado a fim de prevenir o tráfico de pessoas, punir os traficantes, ampliar a proteção das vítimas, principalmente das mulheres e crianças, bem como, contar com a cooperação dos Estados Partes.

O 3° artigo do Protocolo trouxe consigo uma expansão para o conceito de tráficos de pessoas:

> a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (BRASIL, 2004).

Desta maneira, é evidente a amplitude que o conceito de "tráfico de pessoas" que o Protocolo apresenta, sendo considerado para a tipificação do crime os mais variados verbos que envolvam desde o transporte até a integridade da pessoa humana.

Outrossim, os artigos 5° e 9° do Protocolo tratam da responsabilidade dos Estados-partes em criminalizar e prevenir o crime de tráfico de pessoas, objetivando, assim, estabelecer infrações penais e determinar medidas como pesquisas, campanhas de informação através dos órgãos de comunicação, bem como, iniciativas sociais e econômicas de cunho preventivo. O Protocolo também institui a possibilidade de cooperação com organizações não-governamentais, cooperação bilateral ou multilateral e medidas educacionais, sociais ou culturais.

3.2 A PREVISÃO DO CRIME NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

No Brasil, a criminalização do tráfico de pessoas (em especial, de mulheres), inicia-se no Código Penal de 1890 que, em seu artigo 278, apresentava a seguinte redação: "Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constrangendo-as

por intimidações ou anexas a empregarem-se no tráfico de prostituição." (BRASIL, 1890). Nesse dispositivo, é importante notar que, o legislador deu ênfase a "fraqueza" e "miséria" da mulher, de maneira que demonstra, segundo Jesus (2003, p. 76), um alto grau de descriminalização legal, já que se refere a condição de mulher propriamente dita.

Posteriormente, a Consolidação de Leis Penais de 1932 (compilação do texto do Código e alterações posteriores) inseriu a questão do consentimento no texto legal (BRASIL, 1932). Além disso, o dispositivo usou as palavras "atrair" e "desencaminhar", sendo que, segundo o Dicionário da Língua Portuguesa Saraiva Jovem (2010, p. 309), "desencaminhar" significa "Sair do caminho ou rota; desviar-se", assim, pode-se entender que, refere-se, mesmo que indiretamente, ao crime de tráfico de pessoas:

> Art. 278. Aliciar, atrair ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, mesmo com seu consentimento; aliciar, atrair ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, empregando para esse fim, ameaça, violência, fraude, engano, abuso de poder, ou qualquer outro meio de coação [...] (BRASIL, 1932).

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, originalmente, os artigos 231 e 231-A discorriam a respeito do tráfico de pessoas, sendo que estavam localizados no Título VI do Código Penal, ou seja, nos crimes contra a dignidade sexual. Esses artigos eram voltados à exploração sexual no crime de tráfico de pessoas, tendo o *caput* do art. 231 a seguinte redação: "Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exerce-la no estrangeiro" (BRASIL, 1940).

Tal redação colocava apenas a mulher como sujeito passivo, sendo que o artigo 231 era denominado "tráfico de mulheres", de forma que homens que fossem traficados para fins sexuais não estavam protegidos pela norma. Essa questão foi alterada com a entrada em vigor da Lei n. 11.106/2005, a qual modificou o artigo 231, trazendo no *caput* uma disposição diferente: "Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição, ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro." (grifos nossos).

A Lei manteve a mesma pena anteriormente estipulada de reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos, para ambos os artigos, porém, adicionou a pena de multa cumulativa. Além disso, o artigo passou a ser denominado de "tráfico internacional de pessoas", retirando "mulheres" do *caput*. Conforme Marcão (2005), a restrição foi derrubada e o monopólio do sexo feminino em relação ao polo passivo foi retirada, ampliando o alcance da norma e permitindo que qualquer pessoa figurasse como vítima do delito. Ademais, a Lei n. 11.106/2005 ainda criou um novo tipo penal, o artigo 231-A, que passou a tratar da possibilidade do tráfico interno de pessoas.

A redação dos artigos 231 e 231-A, porém, foi alterada novamente, através da Lei n.

12.015/09, modificando o *caput* dos mesmos e seus parágrafos.

Segundo Bitencourt (2022, p. 605, grifo do autor), “Com a Lei 12.015/09, o legislador voltou a alterar o *nomen juris* do crime, inserindo a finalidade do tráfico de pessoa, qual seja, ‘para fim de exploração sexual’. Aliás, [...] inseriu-se também a expressão ‘ou outra forma de exploração sexual, sem, contudo, excluir a prostituição’.”. Portanto, outras contraprestações semelhantes com natureza patrimonial direta ou indireta, como o strip-tease.

> Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

> Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (BRASIL, 1940).

Ao analisar os artigos 231 e 231-A, nota-se que a pena de 03 (três) a 08 (oito) anos era majorada em quatro situações: (a) caso a vítima fosse menor de 18 anos; (b) caso a vítima não possuísse discernimento para a prática do ato; (c) caso houvesse emprego de violência, grave ameaça ou fraude e, ainda, (d) caso o agente fosse ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor, empregador da vítima. Além disso, o § 3º de ambos os artigos estabelecia multa para os casos em que o crime fosse cometido com o fim de obter vantagem econômica.

Borges (2013, p. 32) destaca que “[...] o legislador brasileiro apenas incluiu no tráfico interno o núcleo ‘vender’, que não consta no tipo penal do tráfico internacional [...]. Outra distinção entre os dois crimes refere-se a pena, pois o tráfico interno tem pena menor [...]”. Para o autor nenhum dos crimes tratou da voluntariedade da pessoa que se dedica a prostituição, atividade que não configura crime no Brasil. Assim, conclui-se que a legislação brasileira referente ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual “[...] centrava-se no deslocamento e ignorava a manifestação de vontade da suposta vítima, mesmo que inexistente qualquer forma de violência ou fraude, ou mesmo servidão por dívida” (BORGES, 2013, p. 33). Entende-se que a lei permitia a prostituição no país, porém, proibia o seu deslocamento ao exterior.

Em relação ao sujeito ativo do crime, o legislador apontou como sendo aquele que promove ou facilita a entrada ou a saída do território nacional de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou seja, tratava-se de crime comum. O sujeito passivo também pode ser qualquer um, pois, como visto anteriormente, com as mudanças ocorridas, o artigo já não se refere especificamente à mulher.

Após diversas mudanças, a redação desses artigos permaneceu inalterada até o ano de 2016, quando os artigos 231 e 231-A foram revogados pela Lei n. 13.344 de 2016 ,

acrescentando-se o art. 149-A (BRASIL, 2016).

3.3 A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DE 2016

A Lei n. 13.344 de 6 de outubro de 2016 dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico de pessoas, interno e internacionalmente, e dedica-se também às medidas de cuidado às vítimas (BRASIL, 2016). Além disso, houve uma harmonização entre ordenamento jurídico brasileiro e Convenção das Nações Unidas, especialmente ao Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (2004), além de realizar alterações na codificação brasileira, como no Código Penal e no Código de Processo Penal.

A presente Lei suprimiu os artigos 231 e 231-A, expostos no Título VI, inserindo conduta semelhante na criação do artigo 149-A do Código Penal, alocado no Título I. A alteração incluiu o crime de tráfico de pessoas com outras finalidades, além da exploração sexual, como o fim de submeter a trabalho em condições análogas à escravidão ou em servidão, com fins de adoção ilegal e de remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo.

Uma vez que a Lei n. 13.344/2016 está vinculada ao Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, é manifestado que o enfrentamento do referido crime deve ocorrer por meio da prevenção, repressão e assistência às vítimas. Neste sentido, para enfrentar o crime de tráfico de pessoas, a lei elenca os princípios que devem ser seguidos para essa finalidade:

> I - respeito à dignidade da pessoa humana;
>
> II - promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos;
>
> III - universalidade, indivisibilidade e interdependência;
>
> IV - não discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status;
>
> V - transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas;
>
> VI - atenção integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em investigações ou processos judiciais;
>
> VII - proteção integral da criança e do adolescente (BRASIL, 2016).

Como exposto, é explícito a preocupação do legislador em garantir a proteção da dignidade humana, da assistência prestada às vítimas, além da não segregação independentemente do motivo. Em relação às instruções que a lei traz para enfrentar o referido crime, ela foca na necessidade da cooperação de todas as áreas públicas ou privadas, nacionais e internacionais. A Lei ainda dispõe que a prevenção do crime também deve-se dar por medidas em todo o âmbito nacional, como na área de saúde, trabalho,

segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos; contando com campanhas de conscientização e socioeducativas, dando incentivo à mobilização e participação da sociedade e à projetos de prevenção ao tráfico de pessoas.

Sobre o aspecto da repressão, a Lei, no seu artigo 5°, recomenda a utilização das seguintes possibilidades:

> I - da cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros;
>
> II - da integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores;
>
> III - da formação de equipes conjuntas de investigação. (BRASIL, 2016).

Além disso, o legislador separou um capítulo específico para tratar da proteção e assistência às vítimas. Desta forma, está previsto nos artigos 6° e 7°, que deve ser prestada toda a assistência jurídica, social, de trabalho e de saúde (psicológica ou física), com a iminente interrupção de qualquer situação de violência ou exploração, ofertando um abrigo provisório, considerando às necessidades específicas de cada vítima, preservando sua identidade e intimidade, além da prevenção à revitimização nos procedimentos de atendimento, investigação e processo judicial. Quando tratar-se de vítimas brasileiras no âmbito internacional, caberá ao consulado brasileiro assistir as vítimas de forma imediata, independentemente do seu contexto migratório no país.

Além da transformação em relação ao direito material, a Lei também trata de questões processuais. Nesta perspectiva, há a possibilidade de medidas assecuratórias, relacionadas aos bens, direitos e valores que a pessoa investigada ou acusada possuir, que supostamente servem como objeto, produto ou fruto do crime de tráfico de pessoas, como sequestro e arresto. Os bens, direitos e valores bloqueados do investigado ou acusado podem ser recuperados pelo mesmo, desde que compareça pessoalmente e comprove a licitude da origem de todos os itens retidos. No entanto, pode ser mantido parte dos bens necessários para pagar as custas processuais e reparação dos danos causados pela infração penal. Além disso, o artigo 10 prevê a possibilidade da criação de um sistema de informações, visando à coleta e à gestão de dados que impulsionem o enfrentamento ao tráfico de pessoas, por meio da criação do art. 13-B no Código de Processo Penal. Isto é, a Lei prevê a possibilidade do Ministério Público ou Delegado de Polícia, requisitarem às empresas privadas ou a qualquer órgão público, dados registrais das vítimas ou acusados/investigados, que deverão ser atendidos dentro do prazo de 24h. Para mais, sob autorização judicial, podem solicitar meios - como sinais, informações e outros - que identifiquem a localização das vítimas ou acusados/investigados. Se não houver decisão judicial que autorize tal requisição, ela poderá ser feita diretamente às empresas privadas de telecomunicações, desde que comuniquem imediatamente o juiz.

Por fim, a Lei n. 13.344/16, no seu artigo 9° determina que a legislação vigente sobre a organização criminosa (Lei n. 12.850/2013) já existente deve ser utilizada em conjunto. Desta forma, as medidas excepcionais da Lei das Organizações Criminosas, como a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração podem ser utilizadas no combate ao tráfico de pessoas, ao longo da investigação penal.

Torna-se evidente, portanto, algumas modificações que a Lei n. 13.344 de 2016 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, de forma que algumas implicam em avanços evidentes e outras, nem tanto.

3.4 DIFERENÇAS E AVANÇOS

A principal mudança decorrente da Lei n. 13.344/16 foi a revogação dos artigos 231 e 231-A e o acréscimo do artigo 149-A no Código Penal brasileiro. Com essa modificação, o crime de tráfico de pessoas passou a pertencer ao Capítulo VI, ou seja, aos crimes contra a liberdade individual, deixando de ser tratado como crime contra a dignidade sexual. Além disso, anteriormente os artigos 231 e 231-A tinham como enfoque o tráfico de pessoas para fim de prostituição ou exploração sexual. O novo artigo 149-A ampliou o alcance da infração, passando a considerar como crime toda forma de:

> Art. 149 – A: Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso,
>
> I –remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
>
> II –submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
>
> III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV –adoção ilegal; ou
>
> V –exploração sexual.
>
> Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa
>
> § 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:
>
> I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
>
> II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência
>
> III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou
>
> IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.
>
> § 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa (BRASIL, 1940, grifos nossos).

O novo artigo buscou tutelar a liberdade individual sob diferentes aspectos, porém,

ao falar especificamente do crime de tráfico de pessoas para fins sexuais o bem jurídico tutelado é, além da liberdade, sob vários aspectos, incluindo o sexual, como bem destaca Bitencourt (2022), a moralidade pública sexual, de uma forma relativa, e a dignidade sexual, de uma forma genérica. Em relação aos sujeitos passivos e ativos do tráfico de pessoas não houve muitas mudanças, já que o crime continua sendo um crime bi-comum. Neste sentido, Bitencourt (2022, p. 608) considera que "sujeito passivo, igualmente, no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual pode ser tanto o homem quanto a mulher, independentemente da sua 'honestidade' sexual, prostituídos ou não, podendo, inclusive, tratar-se de criança ou adolescente [...]".

Tratando-se da pena, anteriormente nos artigos 231 e 231-A a pena prevista para o crime de tráfico de pessoas era de 02 (dois) a 06 (seis) anos de reclusão se o crime ocorresse em território nacional e de 03 a 08 anos se ocorresse no âmbito internacional. Com o novo artigo 149- A, a pena prevista é de multa e reclusão de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, independentemente se a execução tiver sido realizada dentro ou fora do país, não podendo o réu ser beneficiado pelos recursos previstos pela Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995).

O legislador, porém, cometeu alguns equívocos ao retirar as majorantes antes conjecturadas nos artigos revogados. Dessa forma, a mudança, apesar de ter cominado a pena base um ano acima, acabou deixando a infração penal menos grave. Além disso, deslocou a majorante antes descrita no inciso IV do antigo artigo, ou seja, "emprego de violência, grave ameaça ou fraude" para o *caput* do artigo 149-A. Neste viés, as majorantes (com o aumento de pena de ⅓ [um terço] até metade) previstas agora, poderão dar-se caso a vítima seja criança ou adolescente, pessoa com deficiência ou idosa; se o crime for realizado por funcionário público no exercício de suas funções; se o agente sobrelevar da relação parentesco, doméstica, de coabitação, de hospitalidade ou dependência econômica ou empregatícia; e por fim, se o sujeito for vítima do crime no contexto internacional.

Em relação ao consentimento dado pela vítima capaz, que anteriormente não era mencionado pela legislação,se o mesmo estiver presente na relação vítima-traficante, para a maioria dos autores não há crime. Em relação ao tema:

> Reparem que antes da Lei 13.344/16 o emprego da violência (física ou moral) ou fraude servia como majorante de pena. Nessa ordem, a maioria da doutrina lecionava que o consentimento da vítima era irrelevante para a tipificação do crime. Com o advento da Lei 13.344/16, o legislador migrou essas condutas do rol de majorantes para a execução alternativa do crime de tráfico de pessoas. Sem a violência, coação, fraude ou abuso, não há crime. Diante desse novo cenário, o consentimento válido da pessoa exclui a tipicidade." (CUNHA, 2017, p. 226).

Portanto, para que o tráfico de pessoas seja tipificado na legislação brasileira é obrigatório que crime tenha sido realizado mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso com finalidade específica também descrita no artigo. Como Cunha (2017)

entende, o cenário caracterizado pelo novo artigo, em que antes as formas de violência eram majorantes do crime, é de que agora são essenciais para a tipificação do mesmo.

Outro fator relevante é que o legislador estabeleceu no §2° do novo artigo, possibilidades de diminuição de pena - de ⅓ (um terço) a ⅔ (dois terços) - se o agente for primário e não incorporar organização criminosa. Neste sentido, Nucci (2017, p. 987) considera que "se o piso da pena (quatro anos) já é brando para a gravidade do crime, imagine-se a aplicação da causa de diminuição de pena, que é obrigatória e não fica ao critério subjetivo do magistrado julgador". Sendo assim, entende-se que o legislador não respeitou o princípio da proporcionalidade, visto que a pena não é proporcional à gravidade do delito.

Neste sentido, em crimes como o furto qualificado (art. 155, §4º, CP), que atinge o patrimônio do ofendido, a pena máxima prevista é igual ao crime de tráfico de pessoas – 8 (oito) anos. Também podemos comparar com o crime tráfico de drogas, no qual a pena prevista é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, isto é, a pena máxima é quase o dobro da pena do tráfico de pessoas.

Desta maneira, reforça-se a necessidade da proporcionalidade da pena com a infração cometida. Caso essa lógica não ocorra, Beccaria (2019, p. 72), no século XVIII, já entendia que "em pouco tempo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais [...]"[1].

3.4.1 Exploração sexual

O artigo 149-A trouxe, em seu inciso V, como finalidade especial de tráfico de pessoas a exploração sexual. Dessa forma, é importante entender que a exploração sexual tem, segundo Cunha (2017), quatro modalidades: prostituição, turismo sexual, pornografia e tráfico para fins sexuais. Da mesma forma, Bitencourt (2002, p. 618), entende que o inciso V refere-se à exploração sexual de forma ampla, "[...] abrangendo toda e qualquer espécie de exploração sexual, inclusive prostituição e pedofilia" (BITENCOURT, 2002, p. 618), diferentemente do artigo 231 que, no *caput*, separava a prostituição da exploração sexual, ao aplicar a seguinte fórmula: "exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual".

Com isso, é possível definir o tráfico para fins sexuais como o "movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais, com o objetivo de forçar mulheres e adolescentes a entrar em situações sexualmente opressoras e exploradoras para lucro dos aliciadores, traficantes" (CUNHA, 2017, p. 233). Essas situações envolvem as mais diversas práticas sexuais, mediante uso fraude, violência ou ameaça, podendo abarcar desde situações como strip-tease até pedofilia e turismo sexual.

1 Neste viés, "a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei" (BECCARIA, 2019, p. 110).

4 | ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF: A APLICABILIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Considerando as informações expostas até o presente momento, é de extrema relevância que seja realizada uma análise de jurisprudência pátria, a fim de entender como o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual é visto pelos tribunais brasileiros. Optou-se por realizar análise de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da ferramenta de busca de jurisprudência disponibilizada no sítio eletrônico do próprio Tribunal. Para tanto, foram selecionadas como descritores as seguintes expressões: “tráfico de pessoas”, “exploração sexual” e “tráfico internacional de pessoas”.

Também se optou por uma limitação temporal de julgados “antes de 2016” e “depois de 2016” em razão da alteração legislativa advinda com a Lei n. 13.344/16. Assim, foram colhidos dois acórdãos proferidos pelo STF um no ano de 2013 e outro no ano de 2019. A escolha dos dois, além de responder ao critério temporal, também foi realizada com base na modalidade de tráfico de pessoas estudada, ou seja, a exploração sexual.

O primeiro caso selecionado foi julgado em 2013, ou seja, durante a vigência dos artigos 231 e 231-A no Código Penal. Trata-se de um caso de extradição que teve como relatora a Min. Rosa Weber, resultando na seguinte ementa:

> EXTRADIÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS. CORRESPONDÊNCIA COM O CRIME DE TRÁFICO INTERNO DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. DUPLA INCRIMINAÇÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO: NÃO-OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICES LEGAIS À EXTRADIÇÃO. ENTREGA CONDICIONADA À ASSUNÇÃO DE COMPROMISSO QUANTO À DETRAÇÃO DA PENA. 1. Pedido de extradição formulado pela República da Colômbia que atende aos requisitos da Lei nº 6.815/1980 e do Tratado de Extradição específico. 2. Crime de tráfico de pessoas, que corresponde ao crime de tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, do art. 231-A do Código Penal. Dupla incriminação atendida. 3. Não-ocorrência de prescrição e inexistência de óbices legais. 4. O compromisso de detração da pena, considerando o período de prisão decorrente da extradição, deve ser assumido antes da entrega do preso, não obstando a concessão da extradição. O mesmo é válido para os demais compromissos previstos no art. 91 da Lei nº 6.815/1980. 5. Extradição deferida. (Ext. 1290, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO. DJe-158 DIVULG 13-8-2013 PUBLIC 14-08-2013).

O pedido de extradição foi realizado pela Colômbia em relação a um extraditando colombiano que foi condenado pelo crime de tráfico de pessoas. O extraditando foi condenado e denunciado pelo artigo 188-A[2] do Código Penal colombiano. Conforme o

2 “ARTÍCULO 188-A. TRATA DE PERSONAS. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.e El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la res-

referido acórdão, a Relatora Min.Rosa Weber considerou preenchido o requisito da dupla tipicidade, já que os fatos imputados ao extraditando configurariam, no Brasil, o crime do art. 231-A do Código Penal ("tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual").

Tal tipificação se justifica, pois o extraditando era proprietário de um bar chamado Gardenias, onde, supostamente ocorria a compra e venda de refrigerantes e bebidas alcoólicas, entretanto, no local era exercida prostituição. As mulheres que "trabalhavam" naquele lugar eram levadas até lá e eram trancadas, exploradas e submetidas a maus-tratos. É importante ressaltar que, conforme o documento, o aliciamento das vítimas ocorria na Colômbia.

Sendo assim, fica evidente que o extraditando cometeu o ilícito descrito, na época, correspondente ao artigo 231-A do Código Penal, pois prendeu, transportou, acolheu ou recebeu pessoas, dentro do território nacional (colombiano), para o exterior, com fins de exploração sexual. Dessa forma, estando o mesmo em território brasileiro, e não sendo crime político, a extradição era a medida correta, para o cumprimento da pena na Colômbia.

Em se tratando de processos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal após a Lei 13.344/2016, nota-se a presença de recursos requerendo o *habeas corpus* dos envolvidos, como é o caso do segundo acórdão selecionado:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA. DOSIMETRIA DA PENA. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 2. O STF possui o entendimento de que "os embargos de declaração devem apontar omissão ou contradição na decisão impugnada e não inovar matéria até então estranha à discussão dos autos" (AI 840.588-AgR, Relª. Minª. Elle Gracie). 3. A dosimetria da pena é questão relativa ao mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático e probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada. Nesse sentido, a discussão a respeito da dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ao exame da "motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão" (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). 4. Agravo regimental desprovido. (HC 168517 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 10- 10-2019 PUBLIC 11-10-2019, grifos nossos).

Como exposto acima, o pedido de *habeas corpus* é baseado no argumento da aplicação mais benéfica ao condenado, visto que nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade da lei retroagir se for em favor do réu, uma garantia resguardada pelo art.

ponsabilidad penal. (COLOMBIA, 2000)".

5°, XL, CRFB/88. Desta maneira, a lei benéfica ao réu, é a Lei n. 13.344/2016 estudada no presente artigo.

A argumentação do recurso é baseada no fato de que a nova legislação ampliou o delito de tráfico de pessoas, elencando outras finalidades além da exploração sexual e modificando a pena do crime. Sendo assim, o impetrante considera que a nova pena prevista deve ser benéfica em favor do infrator, visto que antes as qualificadoras previstas no art. 231 do CP agora são essenciais para a tipificação do art. 149-A do CP, além da possibilidade de redução de pena mencionada no parágrafo segundo. É neste sentido que Bitencourt (2022) entende que a Lei n. 13.344/2016 é de má qualidade, deficiente e equivocada, pois mais restrita que as previsões antes estabelecidas pelos revogados artigos 231 e 231-A:

> A nova previsão legal, cuja pretensão, repetindo, era ampliar a proteção e punição do crime de tráfico de pessoas, incorre ainda em mais um erro grave, pois, contrariando a sua "vontade", ao revogar os arts. 231 e 231-A, transforma referida infração penal em outra similar, e menos grave, com menor punição, ainda que tenha cominado como pena-base um ano acima da lei revogada. (BITENCOURT, 2022, p. 605).

Desta maneira, admite-se que a Lei visava ampliar as possibilidades para execução do crime, mas acabou flexibilizando e banalizando a pena do mesmo. A escolha dos julgados foi determinada pelo motivo dos casos para que chegassem ao STF, anteriores e posteriores à nova Lei, trazendo uma análise prática de como foi e agora está sendo julgado o crime estudado.

5 I CONCLUSÃO

Com o exposto neste trabalho, verifica-se que a questão do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual foi alvo de diversas alterações ao longo dos anos e que, apesar dessas mudanças, ainda há muito a ser tratado, considerando que, conforme os dados apresentados, as situações de tráfico de pessoas para fins sexuais são muito recorrentes.

Sendo assim, conclui-se que o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual está muito ligado ao gênero e a idade das vítimas, voltando-se às mulheres em situação de vulnerabilidade social e econômica e, também, às crianças e adolescentes. Dessa forma, a Lei vigente prevê a exploração sexual como uma das modalidades do tráfico e determina majoração da pena caso a vítima seja criança ou adolescente. A alteração legislativa de 2016 possibilitou, por um lado, uma maior cobertura das situações de tráfico de pessoas, a permitir outras hipóteses além da exploração sexual, todavia, ao revogar hipóteses de majorantes (apesar de ter cominado a pena base um ano acima) acabou deixando a infração penal menos grave.

Em relação ao tratamento do Judiciário brasileiro, verificou-se que, após a alteração trazida pela Lei n. 13.344/16, há diversos pedidos de *habeas corpus* baseados no argumento

da aplicação mais benéfica ao condenado, já que a Lei acabou por banalizar a pena para o crime, abrindo espaço para que os infratores tenham sua pena diminuída ou, pelo menos, flexibilizada.

Tais fatos trazem, novamente, a necessidade de aprimoramento da Lei e de sua aplicação, já que, as diversas mudanças não parecem ter sido suficientes para oferecer uma boa abrangência da Lei, pois, segundo Bitencourt (2022), o novo artigo (149-A) acabou por "desacobertar" situações que antes eram alcançadas pelos artigos 231 e 231-A.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2019.

BENTES, Vianey. Polícia Federal faz operação contra tráfico de mulheres brasileiras para Europa. **CNN**, 2022. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/policia-federal-faz-operacao-contra-trafico-de-mulheres-brasileiras-para-europa/?amp. Acesso em: 14 ago. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 a 154-B) crimes contra a pessoa. 22 ed., v. 2. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BORGES, Paulo C. Corrêa. **Tráfico de pessoas para exploração sexual**: prostituição e trabalho sexual escravo. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. **Diário Oficial da União de 13 de dezembro de 1890**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.016 de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. **Diário Oficial da União de 12 de março de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm . Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Decreto n° 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. **Diário Oficial da União de 12 de março de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.941 de 26 de outubro de 2006. Promulga o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotado em Nova York, em 31 de maio de 2001. **Diário Oficial da União de 26 de outubro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5941.htm. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. **Diário Oficial da União de 17 de dezembro de 1932**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2022.213%20DE%2014%20 DE%20DEZEMBRO%20DE%20 1932.&text=Aprova%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,Brasileiro%2C%20 promulgado%20pelo%20decreto%20n. Acesso em 17 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-lei n° 231, de 29 de maio de 2003. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, celebrados em Palermo, em 15 de dezembro de 2000. **Diário do Senado Federal de 30 de maio de 2003**. Disponível em:https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-231-29-maio-2003-496863-convencao-1-pl.html . Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União de 03 de outubro de 1941. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Lei n° 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União de 28 de março de 2005**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004- 2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Lei n° 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. .Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Lei n° 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Lei n° 13.344, de 06 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União de 06 de outubro de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos. **Secretaria Nacional de Justiça**, 2013. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-08/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf. Acesso em 03 set. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Extradição 1290/DF - Distrito Federal. Relatora: Min. Rosa Weber, 15 jun. 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur238479/false. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Habeas corpus 168517/SP - São Paulo. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 set. 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur412866/false. Acesso em: 29 ago. 2022.

COLÔMBIA. Lei n. 599 de 2000. Código Penal. **Diario Oficial da Colômbia n. 44.097 de 24 de julho de 2000**. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Acesso em: 03 set. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches Cunha. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 360). 9 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GOLDMAN, Emma. Tráfico de mulheres. **SciELOBrasil**, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cpa/a/chZvLFFYCKDDtPG8n5y8Mry/?lang=pt. Acesso em: 14 ago. 2022.

GOMES, Sarah S. M. A tratativa do crime de tráfico de pessoas no Brasil: avanços e retrocessos da alteração ao código penal brasileiro trazida pela lei n° 13.344/2016 à luz do Protocolo de Palermo. **Derecho y Cambio Social**, 2018. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/A_TRATATIVA_DO_CRIME _DE_TRAFICO_DE_PESSOAS.pdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

JESUS, Damásio. **Tráfico internacional de mulheres e crianças - Brasil**: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACEDO, Claudia V. F.. **O tráfico humano e a lei 13.344/2016**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Varzea Grande, Varzea Grande, 2021. Disponível em: http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/viewFile/761/751. Acesso em: 14 ago. 2022.

MARCÃO, Renato. Lei 11.106/2005: novas modificações ao Código Penal Brasileiro. **Revista de Doutrina da 4 Região**, 2005. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/16049783.pdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 10. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ONU, Organização das Nações Unidas; UNODC, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. 2023. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html. Acesso em: 14 ago. 2022.

______;______. **UNODC e MJSP lançam relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas (2017-2020)**. 2021. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo- brazil/pt/frontpage/2021/08/unodc.html. Acesso em: 14 ago. 2022.

______;______. **Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas 2020**. Nova Iorque: Nações Unidas, 2020. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf . Acesso em: 27 set. 2022.

______; ______; BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados de 2017 a 2020**. 2021.

SARAIVA, Editora. **Saraiva Jovem**: dicionário da língua portuguesa ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRÁFICO de pessoas: alguns registros e dados estatísticos. **Migrante**, 2010. Disponível em: https://www.migrante.org.br/trafico-de-pessoas/trafico-de-pessoas-alguns-registro- e-dados-estatisticos/. Acesso: 23 ago. 2022.

CAPÍTULO 5

O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO MEIO PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA EM UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Data de aceite: 03/07/2023

João Victor Petry Ferra
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (PPGD/UFMS). Advogado.

Elisaide Trevisam
Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Professora permanente no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Ari Rogério Ferra Júnior
Doutorando pela Universidade de Camerino, Itália (UNICAM) e USP/SP

RESUMO: Diante da sociedade globalizada e cada vez mais interconectada é preciso pensar em uma forma de se aliar os interesses econômicos e as causas sociais, assegurando-se o bem-estar da presente e das futuras gerações, promovendo assim o desenvolvimento sustentável e a proteção da dignidade humana. O objetivo da pesquisa é analisar a sociedade globalizada e a necessidade do desenvolvimento sustentável diante nas esferas econômica e ambiental e o impacto na proteção da dignidade humana. Utiliza-se na pesquisa o método dedutivo, além da metodologia descritiva, documental e bibliográfica. Como resultado, espera-se demonstrar a possibilidade de que haja um esverdeamento na indústria capitalista e um alinhamento dos interesses das empresas com os direitos fundamentais assegurados no sistema jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento sustentável; Dignidade humana; Globalização.

SUSTAINABLE DEVELOPMENT AS A MEANS FOR EFFECTIVENESS OF THE HUMAN DIGNITY IN A GLOBALIZED SOCIETY

ABSTRACT: Faced with a globalized and increasingly interconnected society, it is necessary to think of a way to combine economic interests and social causes, ensuring the well-being of present and future generations, thus promoting sustainable development and the protection of human dignity. The objective of the research is to analyze the globalized society and the need for sustainable development in the economic and environmental spheres and the impact on the protection of human dignity. The

deductive method is used in the research, in addition to the descriptive, documental and bibliographical methodology. As a result, it is expected to demonstrate the possibility that there is a greening in the capitalist industry and an alignment of the interests of the companies with the fundamental rights guaranteed in the national legal system.
KEYWORDS: Sustainable development; Human dignity; Globalization.

INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe consigo em seu texto fundamentos e objetivos da República, dentre eles cabe destacar a dignidade da pessoa humana, princípio basilar para compreender todo o sistema jurídico-constitucional.

Quando da promulgação da Constituição "cidadã" o Brasil vivia o período de transição entre a ditadura militar e o retorno da democracia, portanto, com as severas violações dos direitos humanos neste período, o constituinte originário assegurou a tutela da dignidade da pessoa humana, princípio que já era abertamente discutido no âmbito internacional, principalmente no período pós-guerra e na consequente criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

No texto constitucional há várias espécies de direitos fundamentais, intitulados como direitos humanos, direitos e garantias individuais, direitos e liberdades individuais, dentre outras terminologias. Percebe-se ao analisar o texto constitucional que esses direitos possuem uma clara ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, embora não haja consenso na doutrina de que estes são por completo vinculados.

A sociedade globalizada voltada para o modelo econômico capitalista traz desafios para humanidade, tendo que se estimular tanto o crescimento econômico quanto às práticas sustentáveis, na persecução de um sistema que possa fomentar a economia e ainda preservar o planeta.

Sendo os impactos ambientais uma questão que não se limita a uma determinada região geográfica, tem-se que os países do globo alinharam seus interesses em um objetivo em comum e com isso foi implementado a Agenda 2030 que tem como objetivo conciliar os referidos interesses sem que haja uma completa devastação dos recursos naturais do planeta.

Diante disso, o objetivo da pesquisa é apresentar uma análise sobre a atual sociedade globalizada e os impactos na proteção e efetividade da dignidade humana com a devida correspondência na obrigação de desenvolver uma sociedade pautada no desenvolvimento sustentável, nas esferas econômica e ambiental. Para atingir uma resposta satisfatória, o presente artigo utilizará a pesquisa dedutiva, por meio de uma metodologia descritiva, documental e bibliográfica.

Ressalta-se, desse modo, que os seres humanos possuem direitos e deveres para com os seus iguais, bem como para o meio em que vivem, dessa maneira é necessário que o valor da solidariedade encontre respaldo nas ações humanas para que assim se efetive

o tão debatido princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, não há como falar em dignidade da pessoa humana, e em direitos humanos, sem que se assegure o bem-estar social da presente geração, bem como o das futuras gerações configurado pela efetivação do desenvolvimento sustentável.

1 I A GLOBALIZAÇÃO E OS IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS

A globalização trouxe um enorme impacto nos direitos humanos e nas suas consequentes dimensões, bem como o impacto ao meio ambiente, e nesse sentido Torrado (2000, p. 44) expõe que:

> La denominada parte especial de los derechos humanos, la que concierne a los concretos derechos, en sus tres sucesivas generaciones, está siendo afectada de forma radical por parte de la globalización. Entre los derechos de primera generación cabe citar como especialmente sensibles el derecho a la información y los derechos encuadrables en el genérico derecho a la igualdad. Entre los derechos de segunda generación cabe citar, entre otros, el derecho al trabajo. Entre los derechos de tercera generación se pueden citar como especialmente afectados el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeerminación de los pueblos, los derechos humanos en situación- los derechos de la mujer, los derechos del niño ...-así como el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la paz.

No mundo globalizado fortemente impactado pelo modelo econômico-capitalista é preciso pensar em uma forma de alinhar os interesses capitalistas e as práticas sustentáveis, para que ocorra o desenvolvimento econômico, mas de modo que esse desenvolvimento não ameace o futuro das próximas gerações.

Tem-se que a globalização pode ser entendida como:

> Por globalización entiendo - al menos a los estrictos efectos del presente trabajo - aquel «proceso amplio, contradictorio, complejo, heterogéneo y profundo de cambio en las relaciones entre sociedades, naciones y culturas que ha generado una dinámica de interdependencia en las esferas económica, política y cultural, en las que se desenvuelve el actual proceso de mundialización y que hace posible que acontecimientos, decisiones y actividades ocurridas en un determinado lugar del planeta repercutan de forma muy significativa en otros lugares, en otras sociedades y en otras personas. En este mismo sentido se ha definido la globalización, desde una perspectiva más crítica, como el proceso político, económico, social y ecológico que está teniendo lugar actualmente a nivel planetario, por virtud del cual cada vez existe una mayor interrelación económica entre unos lugares y otros, por alejados que estén, bajo el control de las grandes empresas multinacionales;cada vez más ámbitos de la vida son regulados por el «libre mercado», la ideología neoliberal se aplica en casi todos los países con cada vez más intensidad y las megacorporaciones consiguen cada vez más poder a costa de los Estados y los pueblos. (TORRADO, 2000, p. 47)[1]

1 Por globalização entendo - pelo menos para os propósitos estritos deste artigo - aquele «processo amplo, contraditório, complexo, heterogêneo e profundo de mudança nas relações entre sociedades, nações e culturas que tem gerado uma dinâmica de interdependência nos âmbitos econômico, político e econômico e cultural, no qual se desenvolve o atual processo de globalização e que permite que eventos, decisões e atividades que ocorrem em uma determina-

A questão ambiental/econômica necessita ser alvo de discussão, posto que "Ainda não está claro se o capitalismo poderá se tornar sustentável, conforme esse termo é assimilado atualmente. Mas existem evidências suficiente de que o modelo de empresa livre oferece a melhor esperança de mudança [...]" (ELKINGTON, 1999, p. 70).

Ainda sobre a temática, Elkington (1999, p. 49) tem a seguinte visão:

> Podemos confiar no capitalismo para assegurar que o século 21 será um século sustentável? Provavelmente não, mas a tendência atual sugere que as empresas estão começando a acordar para a necessidade de mudança e para a escalada do desafio. No entanto, ironicamente, muitos dos que aconselham as empresas ainda têm de entender o que está começando a acontecer ao seu redor.

Diferente das mais diversas crises que o mundo passou, entende-se que a crise ambiental possui a particularidade do caráter transfronteiriço, e os efeitos dessa crise atingem todo o globo, sem distinção geográfica ou política, como exemplo as mudanças climáticas, a poluição atmosférica, a perda de diversidade biológica e a crise hídrica. (CAMPELLO; LIMA, 2021).

Com base no ponto de vista de Arendt (2020, p. 60-61), é possível extrairmos a ideia de que o ser humano ruma à destruição do próprio ecossistema terrestre, e cabe ao próprio ser humano refletir acerca de seus atos destrutivos, de maneira que:

> Esse homem futuro, que os cientistas nos dizem que produzirão em menos de um século, parece imbuído por uma rebelião contra a existência humana tal como ela tem sido dada – um dom gratuito vindo de lugar nenhum (secularmente falando) que ele deseja trocar, por assim dizer, por algo produzido por ele mesmo. Não há razão para duvidar de que sejamos capazes de realizar tal troca, assim como não há motivo para duvidar de nossa atual capacidade de destruir toda vida orgânica na Terra. A questão é apenas se desejamos usar nessa direção nosso novo conhecimento científico e técnico, e essa questão não pode ser decidida por meios científicos; é uma questão política de primeira grandeza, cuja decisão, portanto, não pode ser deixada a cientistas profissionais ou a políticos profissionais.

É indiscutível o fato de que os impactos ambientais não suportam e respeitam as limitações geográficas e políticos, e que a extensão dos danos pode causar uma devastação imensa em cidades, estados, e até em nações, partindo desse pressuposto, Boiteux (2010, p. 511) demonstra que:

> A alteração climática, os desmoronamentos e transbordamentos de rios, o rompimento de barragens, são alguns exemplos das graves ameaças que atingem milhares de pessoas nas cidades e no campo. Não só no Brasil, mas no mundo revela-se total descaso diante da ***possibilidade previsível***

da parte do planeta tenham repercussões muito significativas em outros lugares, em outras sociedades e em outras pessoas. Nesse mesmo sentido, a globalização tem sido definida, de uma perspectiva mais crítica, como o processo político, econômico, social e ecológico que está ocorrendo atualmente em nível planetário, em virtude do qual há uma crescente inter-relação econômica entre alguns lugares e outras, por mais remotas que sejam, estão sob o controle de grandes empresas multinacionais; cada vez mais áreas da vida são reguladas pelo "livre mercado", a ideologia neoliberal é aplicada em quase todos os países com intensidade crescente e as megacorporações se tornam cada vez mais e mais poder à custa dos Estados e dos povos. (Tradução nossa)

> de tragédias. Os governantes e os empresários, na sua maioria, estão mergulhados em discussões sobre a crise econômica e acabam gastando mais na reparação das catástrofes do que em medidas de prevenção. Ao lado dos danos visíveis existem os danos invisíveis - como os decorrentes da radiação - que não têm cheiro, não têm cor e só podem ser constatados por especialistas ou por instrumentos de alta tecnologia. Sem informação adequada, a população acredita na segurança das novas tecnologias que podem, ao contrário do que geralmente se pensa, representar um retrocesso.

A globalização trouxe diversos impactos no mundo moderno, sejam eles positivos ou negativos, destacando-se a necessidade de se equilibrar o bem-estar social e os aspectos socioeconômicos, de modo que “O aspecto do bem-estar é especialmente importante em problemas como os de seguridade social, alívio da pobreza, remoção da desigualdade econômica acentuada, e em geral, na busca da justiça social” (SEN, 2001, p. 121).

A preocupação com a pauta ambiental e a noção de que o modelo adotado, que tinha como premissa a exploração indiscriminada dos recursos, fizera com que tal paradigma fosse contraposto, e assim surgisse o movimento ambientalista moderno (BLEWITT, 2018, apud LIMA e CAMPELLO, 2021).

Nesse mesmo sentido, Elkington (1997, p. 72) entende que o capitalismo deve ir além das práticas tecnológicas-sustentáveis consideradas “verdes”, mas que deve ter como fator persecutório o reconhecimento da justiça social, assim:

> But sustainable capitalism will need more than just environment-friendly technologies and, however important these may be, markets which actively promote dematerialization. We will also need to address radically new views of what is meant by social equity, environmental justice and business ethics. This will require a much better understanding not only of financial and physical forms of capital, but also of natural, human, and social capital.[2]

Ainda, Elkington (1997) desenvolveu a teoria do tripé do desenvolvimento sustentável (*Triple Bottom Line*) como um “princípio” norteador para as empresas, aliando o crescimento econômico e a sustentabilidade.

São três os pilares basilares que o autor discorre em sua obra, sendo o primeiro conhecido como pilar econômico (*profit*), o segundo, como pilar ambiental (*planet*), e o terceiro, o pilar (*social*), atuando os três como indicadores e que promovem a harmonia entre a economia e a sustentabilidade.

É possível extrair na ideia do autor que o desenvolvimento sustentável ruma a uma estratégia de competitividade, e que o movimento ambiental global passar por uma mudança de paradigma e tem o tripé da sustentabilidade como guia. (ELKINGTON, 2012, apud FERREIRA, 2022).

Para que se alcance o desenvolvimento sustentável é preciso que ocorra o

2 Mas o capitalismo sustentável precisará de mais do que apenas tecnologias favoráveis ao meio ambiente e, por mais importantes que sejam, mercados que promovam ativamente a desmaterialização. Também precisaremos abordar visões radicalmente novas sobre o que significa equidade social, justiça ambiental e ética nos negócios. Isso exigirá uma compreensão muito melhor não apenas das formas financeiras e físicas de capital, mas também do capital natural, humano e social. (Tradução nossa)

“esverdeamento da economia” de modo que se alie os interesses econômicos, ambientais e sociais, e que se desenvolva um modelo econômico que preserve o meio ambiente e ainda assim promova o crescimento econômico, o que nos remonta a teoria do tripé do desenvolvimento sustentável (*Triple Bottom Line*).

Nesse diapasão, Enrique Leff (2006, p. 226) analisa as três grandes vertentes apresentadas para enfrentar os desafios da sustentabilidade, sejam elas:

> a) a economia ambiental que procura incorporar as condições ambientais da sustentabilidade — os processos energéticos, ecológicos e culturais externos ao sistema económico —, através de uma avaliação de custos e benefícios ambientais e sua tradução em valores econômicos e preços de mercado.
>
> b) a economia ecológica que estabelece o limite entrópico do processo econômico e a incomensurabilidade entre processos ecológicos e os mecanismos de valorização do mercado, procurando desenvolver um novo paradigma que integre processos econômicos, ecológicos, energéticos e populacionais.
>
> c) a possibilidade de pensar e construir uma nova racionalidade produtiva, fundada na articulação de processos ecológicos, tecnológicos e culturais que constituem um potencial ambiental de desenvolvimento sustentável.

Além disso, ressalta-se que o bem-estar social se tornou o ponto central das políticas públicas do Estado, em consonância com as ideias de Amartya Sen ao tratar do desenvolvimento humano e da teoria da economia do bem-estar, com a teoria do enfoque das capacidades (*capabilities approach*), juízo de qual proporcionou uma mudança no paradigma do pensamento econômico, em prol do cumprimento dos direitos fundamentais e da democracia. (SEN, *apud* CAVALCANTI; TREVISAM, 2019)

Com isso, a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável são desafios que a sociedade precisa enfrentar, para que se assim possa se construir um modelo de economia que não comprometa por completo o meio ambiente e as futuras gerações, visto que o atual modelo já se encontra ultrapassado e está comprometendo o futuro da humanidade.

2 | O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) é inegavelmente um marco histórico para a proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, mas na perspectiva que os direitos humanos são dinâmicos, os organismos internacionais necessitam de um alinhamento com tais direitos, para assim garantir que este documento seja de fato efetivado, nesse sentido:

> Quero dizer, com isso, que a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer- se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais

> nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram quanto é grande, por parte desses organismos, a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. (BOBBIO, 2004, p. 19)

Diante disso, a DUDH não trouxe expressamente em seu texto a proteção ambiental, visto que no momento histórico de sua elaboração a questão ambiental ainda não era objeto de debate no contexto internacional e somente a partir da década de 1960 foi que surgiu o movimento ambientalista moderno (CAMPELLO; LIMA, 2021).

A noção moderna da proteção ambiental foi construída ao decorrer das últimas décadas, e somente com o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) datado de 1988 foi com que houve uma menção expressa, presente no artigo 11.1, de que "toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente sadio [...]" (OEA, 1988).

A preocupação com o ecossistema terrestre é entendida por Lafer (2021, p. 83) como um processo que: Em síntese a natureza deixou de ser um horizonte quase infinito, aberto à exploração humana e ao seu conhecimento. Tornou-se um horizonte de vulnerabilidade, cabendo destacar neste âmbito a integridade dos ecossistemas que, no seu conjunto, como uma rede global, sustentam a vida na Terra.

"De todos os direitos de terceira geração, sem dúvida o mais elaborado é o *direito ao meio ambiente*." (FEREIRA FILHO, 2011 p. 80). Com base nisso, ao analisar essa temática, a Declaração de Estocolmo (1972) foi primordial para a positivação desse direito, e que:

> Aí se enuncia como primeiro princípio: "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num *meio ambiente de tal qualidade* que lhe permita levar uma vida digna e gozar do bem-estar, e *tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras*..." (FERREIRA FILHO, 2011, p. 80)

Também, foi instituído o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), sendo definido como um programa das Nações Unidas voltado à proteção do meio ambiente e à promoção do desenvolvimento sustentável.

O progresso pode ser visto como um processo contínuo e ilimitado, dito isso: "Após longo período de desperdício dos recursos naturais e da ação predadora dos seres humanos sobre o ambiente, chegou-se à constatação de que os recursos ambientais são limitados e a intervenção humana individual ou coletiva afeta a existência planetária." (BOITEUX, 2010, p. 504)

Como consequência, no ano de 1983, foi produzido o relatório do Futuro Comum, no qual tinha como objetivo a promoção de audiências em todo o globo e a produção de um resultado formal dessas discussões, assim o documento expressava preocupação com a velocidade das mudanças que o meio ambiente havia sofrido, e que tais mudanças excediam a capacidade das disciplinas científicas e de nossas habilidades de avaliar e propor soluções para o fato, sendo assim:

> Retomando a apresentação de documentos internacionais sobre desenvolvimento sustentável, o relatório “Nosso Futuro Comum”, que foi recepcionado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua 96a reunião plenária, em 11 de dezembro de 1987 e tratou de acomodar o interesse no desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente visando as presentes e futuras gerações, é tido como um marco no tema, importância que advém não só de sua originalidade (sendo o primeiro do gênero) mas também de sua clareza e assertividade. (CRUCIOL JUNIOR; TREVISAM, 2019, p. 335-336).

Outro importante marco internacional de debates sobre a proteção ambiental foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92), que reunia as nações mais desenvolvidas e que eram as maiores responsáveis pelos danos ao meio ambiente, a Conferência possuía o objetivo da propositura de um novo modelo de desenvolvimento econômico com um maior alinhamento à proteção da biodiversidade e ao uso sustentável dos recursos naturais.

Indo além, sobre o contexto e o histórico do processo de discussões acerca da questão ambiental, destaca-se:

> As primeiras discussões sobre desenvolvimento sustentável se deram na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (Rio 92). Após, as discussões se seguiram na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em Johanesburgo em 2002 (Rio+10); na Cúpula das Nações Unidas sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, ocorrida em 2010 em Nova Iorque; e na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada no Rio de Janeiro em 2012 (Rio+20). Foi na Rio+20 que se convencionou a necessidade de estabelecimento de novos objetivos e metas para sucederem os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM).
>
> Os ODM consistem em 8 objetivos, 21 metas e 60 indicadores que integram a Declaração do Milênio, adotada pelos Estados-membros da ONU na Cúpula do Milênio, ocorrida no ano 2000 na sede da ONU em Nova Iorque. Os ODM refletiram um compromisso real adotado pela sociedade internacional, para uma efetiva transformação até 2015 dos maiores desafios que o mundo enfrentava àquela época. (PEREIRA, SILVEIRA, 2018, p. 919-920)

Conforme o exposto, “Vale salientar que a Agenda 2030 não saiu de um estalar de dedos ou da elaboração de alguns técnicos trabalhando dentro da ONU, pelo contrário, um trabalho que vem sendo feito pela humanidade.” (POZZOLI; SIQUEIRA; CACHICHI, 2021, p. 415).

Após as diversas tratativas internacionais, com a noção de que os recursos naturais são escassos, foram estipulados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que fazem parte da Agenda 2030, pacto global assinado durante a Cúpula das Nações Unidas em 2015 pelos 193 países membros da ONU. A agenda é composta por 17 objetivos que se desdobram em 169 metas e visam a superação dos problemas e desafios que a humanidade e os Estados enfrentam, com a intenção de conciliar o crescimento econômico e a sustentabilidade até o ano de 2030.

Com isso, “Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e metas são de natureza global e universalmente aplicáveis, tendo em conta as diferentes realidades, capacidades e níveis de desenvolvimento nacionais e respeitando as políticas e prioridades nacionais.” (OMOTO; PIOVESAN, 2011, p. 12).

Ainda que a Cúpula da ONU tenha definido tais objetivos no ano de 2015, a própria Constituição Federal de 1988 já havia disciplinado em seu artigo 225 a proteção e garantia do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de incumbir ao Poder Público o dever de preservação de seu ecossistema.

Em suma, é possível extrair que:

> A percepção humana em relação ao meio ambiente também passou por uma fase de reflexão. A prova desse argumento é que, em 1980, surgiu o termo “desenvolvimento sustentável”. Anos mais tarde, a Constituição Federal preconizou a necessidade da adoção de um modelo de desenvolvimento compatível com o cuidado e atenção aos recursos naturais, para que sejam preservados para as presentes e futuras gerações: o Desenvolvimento Sustentável. (GRUBBA; HAMEL: PELLENZ, 2022, p. 469-470).

Cumpre diferenciar os conceitos de “desenvolvimento sustentável” e “sustentabilidade”, sendo o primeiro assimilado como o meio (forma) para se alcançar a sustentabilidade, que por sua vez é a meta da construção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado a ser alcançada pelo Poder Público.

A conceituação de desenvolvimento sustentável, nada mais é do que “o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.” (CRUCIOL JUNIOR; TREVISAM, 2019, p. 334-335).

Nessa senda, para Omoto e Piovesan (2011, p. 12) o conceito do desenvolvimento sustentável nada mais é que:

> Na sua categoria conceitual, a Organização das Nações Unidas considera o desenvolvimento sustentável como “um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas”.

Os direitos humanos possuem a ideia de progressividade e de vedação de retrocesso, de forma que ao tratar do direito humano ao meio ambiente saudável e equilibrado, entende-se que “[...] as gerações presentes têm responsabilidade solidária frente às futuras, devendo garantir, no mínimo, um meio ambiente com qualidade não inferior ao que tiveram acesso.” (CAMPELLO; LIMA, 2021, p. 59).

Desse modo, a tutela do direito ao meio ambiente saudável é necessária, posto que:

> O meio ambiente equilibrado é essencial para assegurar a sadia qualidade de vida do povo. Assim a proteção ao meio ambiente decorre de um único fundamento, a vida humana. Na escala de valores, a vida humana sobrepõe-

se às coisas, aos animais, ao crescimento econômico e ao desenvolvimento. (BOITEUX, 2010, p. 510)

Sendo os direitos humanos construídos a partir de um contexto histórico e sociológico, pode-se contextualizar que o papel dos ODS são incentivadores da persecução de soluções que efetivem os direitos humanos básicos, aliando assim, os Estados, as empresas privadas, e também a sociedade civil em prol de um bem comum, qual seja, a preservação do ecossistema terrestre e um crescimento econômico viável pautados na dignidade humana para a proteção dos direitos humanos.

3 I DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A princípio, define-se a clássica divisão entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, sendo o primeiro entendido como um direito universal e de caráter supranacional, sem necessariamente estar vinculado a um ordenamento constitucional, enquanto o segundo é descrito como a positivação daquele direito humano e universal presente no ordenamento jurídico de algum determinado Estado (SARLET, 2012).

Ainda que exista a positivação de um direito tido como humano, para que ocorra a efetivação (jurídica/social) desse conjunto de direitos, não basta a mera positivação por parte do Estado, visto que a efetivação é baseada “[...] na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, salientando-se, neste particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle” (SARLET, 2012, p. 31)

Outrossim, a dignidade humana é um conceito que demanda para “além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também o respeito às condições mínimas de vida [...]” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2002, p. 97). Nesse sentido, defende-se que:

> Grosso modo, o pressuposto e as consequências do princípio da dignidade (art. 1º, III, da C. R.) estão expressos pelos cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no ***caput*** do art. 5º da C. R.; são eles: vida (é o pressuposto), segurança (primeira consequência), propriedade (segunda consequência) e liberdade e igualdade (terceira consequência), sendo o pressuposto, absoluto e as consequências, quase absolutas (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2002, p. 99).

Com efeito, denota-se a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), relacionada com direitos básicos, como acesso à educação, saneamento básico, saúde, segurança, e, ainda, com o direito ao meio ambiente saudável, direitos estes que são objetos de tutela por parte do conceito de desenvolvimento sustentável.

Da mesma maneira, a dignidade da pessoa humana apresenta-se, indo além, “como pedra basilar da edificação constitucional do Estado (Social, Democrático e Ambiental)”

(SARLET, 2017, p. 63).

Desse modo, entende-se que um Estado verdadeiramente constitucional – social, democrático e ambiental – exige que "condições mínimas de vida" sejam concretizadas, sobretudo, no que diz respeito ao meio ambiente que a pessoa humana desenvolve sua personalidade e sua vida.

Nesse sentido, prevenção e precaução, poluidor pagador, equidade intergeracional, cooperação, participação pública, responsabilidade comum, mas diferenciada, acesso equitativo aos recursos naturais e, principalmente, desenvolvimento sustentável são princípios[3] que devem ser seguidos com o objetivo de cumprir funções distintas na ordem constitucional e assegurar, desse modo, as ditas condições mínimas de vida (SARLET, 2017, p. 30)

Condições mínimas de vida implicam, necessariamente, qualidade de vida, o que se associa, inevitavelmente, com a dignidade da pessoa humana e sua inter-relação com os direitos, sejam humanos, sejam fundamentais. Não se deve ignorar, todavia, que os direitos humanos possuem em suas características a historicidade, e, consequentemente, suas gerações podem ser traduzidas em lutas de determinadas sociedades em busca de novos direitos, dessa forma, traduz-se no conceito do processo de *dinamogenesis*, qual seja, o processo evolutivo para conquista de direitos que tutelam a dignidade da pessoa humana (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 142).

Kant definiu a dignidade humana como uma noção política e jurídica, proveniente de sua filosofia, que não era baseada em conceitos fundamentais, mas sim em valores e no pensamento daquela determinada época, entrando em contraste com a noção moderna. Assim sendo, para Kant o sentido primário de dignidade é um sentido jurídico e político que pode ser incumbido aos seres humanos enquanto seres racionais e capazes de seguirem leis morais. (AGUIRRE-PABÓN, 2011).

O significado moderno da dignidade da pessoa humana (*Würde des Menschen*) foi fortemente influenciado pelas disposições políticas do Século XX, como o Preâmbulo da Carta Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como a Constituição Alemã de 1949 (AGUIRRE-PABÓN, 2011).

De fato, muito se fala em dignidade da pessoa humana, mas indo além do conceito

3 De acordo com Sarlet (2017, p. 29), como princípio, compreende-se que "é cediço no seio da doutrina majoritária e mesmo em sede jurisprudencial, ao menos para o caso brasileiro, que os princípios são espécies do gênero normas e, como tais, são dotadas de eficácia, aplicabilidade, almejando obter a respectiva eficácia social ou efetividade, ainda que não se verifique o mesmo grau de consenso (e isso cada vez mais) em torno de qual seja a medida e o alcance da eficácia e aplicabilidade dos princípios jurídico constitucionais, inclusive pelo fato de as normas-princípios cumprirem funções distintas na ordem constitucional". Pois, além disso, "princípios podem ser divididos em três grupos, quais sejam aqueles consagrados na esfera do direito internacional público (declarações, tratados e outros atos internacionais), os que encontram assento direto e expresso no direito constitucional positivo interno e os que foram objeto de previsão pela legislação infraconstitucional interna" (2017, p. 30). Indo além, reconhece-se que "sempre houve uma influência preponderante da legislação internacional ambiental, pelo menos desde a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972), em face das legislações domésticas, que, ao longo dos anos, foram sistematicamente incorporando os princípios que se consagravam no plano internacional" (2017, p. 30), in: SARLET, Ingo Wolfgang. Princípios do direito ambiental / Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

clássico, o que significa ter dignidade? Para isso, extrai-se o seguinte conceito de Rabenhorst (2008, p. 04):

> Conforme observou o filósofo alemão Immanuel Kant, podemos avaliar as coisas pelo preço ou pela dignidade. Tudo aquilo que pode ser substituído por algo equivalente tem um preço. Um objeto, um produto, um serviço, tudo isso pode receber um preço econômico ou um valor afetivo. Contudo, existe algo que não pode ser substituído por nada de equivalente e que é a própria vida humana. Cada ser humano é único e irrepetível. Por isso mesmo, ao contrário das coisas, os seres humanos não têm preço ou valor, mas possuem dignidade, isto é, um valor incondicionado e absoluto que ultrapassa todos os valores.

A discussão doutrinária sobre a inter-relação entre o principio da dignidade humana e os direitos fundamentais merece destaque, de forma que:

> A ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental (SARLET, 2012, p. 87).

Indo além, quando da formulação da Constituição Federal de 1988, observa-se que o Poder Constituinte Originário deu destaque para o princípio da dignidade humana, relacionando com diversos direitos humanos (fundamentais), sejam eles de primeira, segunda, ou terceira geração, assim explica Sarlet (2012, p. 118):

> Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, ***caput***), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, ***caput***). Assim, ao menos neste final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu a devida atenção na esfera do nosso direito constitucional.

Por certo, denota-se que a mera positivação não traz a segurança necessária para que a atual geração e as próximas tenham as condições adequadas e necessárias para uma existência digna; portanto, é necessário levantar a pauta da construção de um presente (e futuro) com base no desenvolvimento sustentável.

Bobbio (2014b, p. 22) explica o fato de que os direitos humanos já haviam encontrado sua fundamentação, mas o que realmente carecia no momento eram mecanismos de garanti-los e protegê-los, explicando que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Desde então, não tive razões para mudar de ideia”.

Ainda, Bobbio (2014b, p. 22) vai além e defende que o problema, de fato, não é filosófico, mas jurídico; além disso, não se trata de saber quais e quantos são os fundamentos

desses direitos, qual seja sua natureza e seus fundamentos, naturais ou históricos, ou, ainda, absolutos ou relativos, mas qual é o modo mais seguro para garanti-los.

É necessário, porém, estabelecer como tais direitos serão garantidos; nesse ponto, compreende-se, então, a democracia como o meio fundamental para garantia da dignidade humana. Logo, a dignidade da pessoa humana ou a ausência desta se trata, sim, de um problema democrático.

Para Bobbio (2014a, p. 32), todavia, nenhuma democracia ou método democrático pode persistir sem se tornar um costume; contudo, nada é capaz de se tornar um costume sem o reconhecimento daquilo que une todos os homens em um destino comum. Assim sendo, é preciso reconhecer e se conscientizar desse destino comum e agir de acordo com isso.

Compreender o que une o destino comum dos homens exige, também, compreender que ao homem não importa apenas ser livre politicamente se não for também livre socialmente, posto que "o problema da liberdade se refere não mais apenas à organização do Estado, mas sobretudo à organização da produção e da sociedade como um todo; envolve não o cidadão, isto é, o homem público, mas o homem enquanto ser social, enquanto homem" (BOBBIO, 2020, p. 86).

Como consequência, é inevitável estabelecer uma inter-relação à dignidade da pessoa humana e direitos humanos, estes sendo entendidos como resultado de uma construção histórica e divididos em quatro fatos: constitucionalização, progressiva expansão, universalização e especificação dos direitos humanos (FACHIN; FACHIN, 2020, p. 124). A igualdade, liberdade e a solidariedade já se encontram presentes nos mais diversos dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico, e em todos os desdobramentos dos direitos fundamentais, restando então a necessidade de assegurá-los, levando em consideração a consonância do crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável.

No Brasil, a consonância entre o crescimento econômico e o desenvolvimento, está determinada pela livre iniciativa e livre concorrência sempre balizados pelos *standards* da: soberania nacional; da propriedade privada e sua função social; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego, entre outros. Logo, ampla é a liberdade econômica desde que respeite o meio ambiente e a proteção do patrimônio cultural, histórico e ambiental (CAGGIANO, 2019, p. 146).

Similarmente, a Constituição de 1988 determina a finalidade do mercado econômico desejada pelo constituinte ao fixar no art. 170 a norma considerada princípio diretriz da economia: assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (CAGGIANO, 2019, p. 150).

Reconhece-se, então, a problemática de como garantir a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável como um problema da democracia. Ocorre que garantir apenas direitos não é o papel de

um estado democrático. Constituições e leis, nas últimas décadas, reconheceram inúmeros direitos. O avanço em diversas cartas constitucionais é notório; todavia, a proteção de direitos não é suficiente para o desenvolvimento da sociedade democrática. Além de exclusivamente direitos, deve-se estar presente o binômio direitos/deveres (HIRATA, 2019, p. 130).

Não se pretende negar a importância da "Constituição cidadã", mas percebe-se que a proteção de diferentes direitos não é suficiente para mudar a sociedade democrática, de modo que se propaga um estado ineficiente de bem-estar. A resposta para tal falha esteja, provavelmente, na ausência de previsão de deveres. Sendo assim, é fundamental aumentar a conscientização e vincular o conhecimento da sociedade para corresponder ativamente aos seus direitos e não os exercer como proprietários. O desenvolvimento social exige não apenas direitos, mas deveres respectivos que sejam capazes alterar a estrutura social de um estado (HIRATA, 2019, p. 142).

Reivindicar direitos sem a contraposição necessária de deveres, conforme De Cicco (2019, p. 16-18), é equivocado, pois a democracia se desenvolve com a afirmação de direitos, mas apenas se consolida pela prática dos deveres e o senso de responsabilidade do indivíduo perante a comunidade. Todavia, os deveres não possuem impacto exclusivamente sobre os indivíduos, estendem-se as pessoas jurídicas, entes ou privados, visto que a natureza solidária e personalista da Constituição de 1988 não permite que o interesse econômico e pessoal do empresário se imponha sobre o interesse social e a proteção da pessoa.

Nessa senda, Boiteux (2008, p. 504) traz uma ideia da inter-relação entre as práticas sustentáveis e o pensamento coletivo, de modo que:

> A consciência da limitação dos recursos naturais e da necessidade de sua utilização ordenada levou à substituição do paradigma individualista pelo da solidariedade. Este paradigma considera que os interesses da comunidade são mais amplos e relevantes que os individuais, e por essa razão sobrepõem-se a eles. Ao lado dos valores liberdade e igualdade nasce a ideia de fraternidade, que resultará no valor atual da solidariedade.

Ainda que a dignidade enfrente debates diversos sobre qual sua conceituação, três conceitos podem ser delimitados: "(i) dignidade como status entre pessoas; (ii) dignidade como virtude de uma pessoa; e (iii) dignidade como valor intrínseco atribuído a cada ser humano (BOITEUX; ESTEVAM, 2019, p. 50).

Direitos, ainda que já positivados, necessitam de práticas sustentáveis capazes de contrabalancear os problemas democráticos enfrentados no século XXI, sobretudo, o problema do crescimento econômico e do desenvolvimento sustentável. A dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos humanos é um meio para compreender o labirinto[4] em que se encontra a humanidade. Acredita-se que exista uma saída, mas não

4 Para Bobbio (1997, p. 30-31), o labirinto representa "quem entra em um labirinto sabe que existe uma via de saída, mas não se sabe para onde os muitos caminhos que se abrem diante dele tempos em tempos levam. Continua a tatear.

se sabe onde ela está.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, apresenta-se a necessidade de se construir um futuro mais verde, para que não haja o comprometimento das futuras gerações. A globalização veio para ficar, portanto é preciso que se concilie os interesses capitalistas com a preservação do globo terrestre, construindo-se assim um modelo econômico com enfoque na sustentabilidade.

O globo terrestre já demonstra sinais de esgotamento de seus recursos naturais, as mudanças climáticas, os derretimentos das geleiras, o aumento da temperatura do planeta, enchentes e muitas outras catástrofes naturais são exemplos de que o atual modelo de economia tradicional já não é mais passível de utilização, e os incentivos para as práticas sustentáveis precisam ser estimulados para que se desenvolva esse crescimento econômico mais "esverdeado".

A problemática em questão é um dos desafios encontrados pela humanidade, e a participação democrática se mostra como uma das alternativas para a superação da crise dos recursos naturais que vivemos.

Percebe-se que o mundo pós-guerra trouxe diversos marcos para a proteção do meio ambiente, destacando-se a Conferência de Estocolmo (1972) e a criação do PNUMA, o Relatório Futuro Comum (1987), a Rio-92, a Rio+10, Rio+20, e em especial a Agenda 2030, todos com o enfoque do alinhamento do crescimento econômico e a preservação ambiental, e assim construído hoje o que entendemos como sustentabilidade e desenvolvimento sustentável.

A sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável são conceitos que devem ser colocados em prática, superando os obstáculos e garantindo um futuro para o planeta e uma vida digna à população terrestre. Dessa forma, a sociedade civil, as empresas públicas e privadas, os Estados e as comunidades internacionais/nacionais devem se empenhar para efetivar o desenvolvimento sustentável, e para que sejam cumpridos os objetivos das Agenda 2030.

Restou demonstrado que os impactos da não preservação ambiental são avassaladores e não se limitam a uma determinada região geográfica, e que o potencial lesivo das catástrofes afeta a comunidade e que então há a necessidade de que os interesses dos mais diversos países se alinhem para que assim busquem um objetivo em comum, qual seja o futuro da humanidade que referencie os direitos humanos, buscando, na totalidade, proteger a dignidade humana.

Quando encontra um caminho bloqueado, ele volta e pega outro. Às vezes, o caminho que parece mais fácil não é o certo; às vezes, quando pensa que está mais perto da meta, está mais longe, e basta um passo em falso para voltar ao ponto de partida. Precisa ter muita paciência, nunca se deixar enganar pelas aparências, dar, como dizem, um passo de cada vez, e na frente da encruzilhada, quando não se consegue calcular o motivo da escolha, mas é forçado arriscar, estar sempre pronto para voltar" in: BOBBIO, Norbert. Il problema della guerra e le vie della pace. Bologna: il Mulino, 1997.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE-PABÓN, Javier Orlando. **Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant dignity, human rights and kant's practical philosophy**. [s.l: s.n.]. Disponível em: http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n123/n123a03.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

ALEXY, R.; SILVA. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**; tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BOBBIO, Norberto, 1909. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Eguaglianza e libertà**. Torino: Einaudi, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Il futuro della democrazia**. Torino: Einaudi, 2014a.

BOBBIO, Norbert. **Il problema della guerra e le vie della pace**. Bologna: il Mulino, 1997.

BOITEUX, E. A. P. C. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, *[S. l.]*, v. 105, p. 509-533, 2010. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67912. Acesso em: 19 jun. 2022.

BOITEUX, E. A. P. C. Educação e valores ambientais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 103, p. 503-516, 2008. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67816. Acesso em: 19 jun. 2022.

CAGGIANO, Monica Herman. A constituição econômica na constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 / La costituzione economica nella costituzione brasiliana del 5 ottobre 1988. In: De Cicco, Maria Cristina. (org.). **Os deveres na era dos direitos entre ética e mercado – I doveri nell'era dei diritti tra etica e mercato**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 144-153.

CAMPELLO, L. G. B.; LIMA, R. DE D. O direito humano a viver em um meio ambiente saudável e equilibrado à luz dos seus vínculos com outros direitos humanos na iminência do pacto global ambiental. **Revista Argumentum**, v. 22, n. 1, p. 41–71, 2 maio 2021.

CAMPELLO, L. G. B.; LIMA, R. DE D. Relação entre o tripé do desenvolvimento sustentável e as dimensões dos direitos humanos na agenda 2030. **Revista Argumentum**, v. 22, n. 3, p. 1027–1045, 27 dez. 2021.

CATEGORIA CONCEITOS - **Nosso Futuro Comum - Relatório Brundtland**. Disponível em: http://www.ecobrasil.eco.br/site_content/30-categoria-conceitos/1003-nosso-futuro-comum-relatorio-brundtland. Acesso em: 30 jun. 2022.

CAVALCANTI, Thais Novaes; TREVISAM, Elisaide. A “abordagem das capacidades” na teoria de amartya sen sobre o desenvolvimento humano. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 54, p. 173 - 192, mar. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DE CICCO, Maria Cristina. O papel dos deveres na construção da legalidade constitucional / Il ruolo dei doveri nella costruzione della legalità costituzionale. In DE CICCO, Maria Cristina (org.). **I doveri nell’era dei diritti tra etica e mercato**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 12-49.

ELKINGTON, J. **Cannibals with forks**: the triple bottom line of 21st century business. Oxford: Capstone, 1997.

ELKINGTON, J. **Canibais com garfo e faca**. São Paulo: Makron Books, 1999.

FACHIN, Zulmar; FACHIN, Jéssica. Direitos humanos em norberto bobbio: a trajetória de uma utopia em busca de concretização. **Revista Juridica**, [S.l.], v. 3, n. 60, p. 107 - 125, ago. 2020.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. Saraiva: São Paulo, 2011.

FERREIRA, Rodrigo de Oliveira. **A** tutela jurídica do pantanal e a cooperação internacional na época do antropoceno. Dissertação de Mestrado em Direito. Campo Grande (MS) 2022. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/retrieve/0cedb50b-d8e6-4cc7-a578-18d21252b164/Disserta>. Acesso em: 7 jul. 2022.

GRUBBA, Leilane Serratine; HAMEL, Eduardo Henrique; PELLENZ, Mayara. Democracia e desenvolvimento sustentável. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 68, p. 456 - 485, mar. 2022.

HIRATA, Alessandro. Constituição brasileira de 1988: muitos direitos e poucos deveres? / Costituzione brasiliana del 1988: molti diritti e pochi doveri? In: DE CICCO, Maria Cristina. (org.). **I doveri nell’era dei diritti tra etica e mercato**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 130-143.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 97, p. 107-125, 2002.

LAFER, Celso. Responsabilidade e desenvolvimento sustentável aproximações e variações. In: PAVINATO, Tiago; SIMÃO, José Fernando (org). **Liber Amicorum Teresa Ancona Lopez:** estudos sobre responsabilidade civil. São Paulo: Almedina, 2021.

LEFF, E.; LUIS CARLOS CABRAL. **Racionalidade ambiental a reapropriação social da natureza**. Rio De Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LIMA, R. D.; CAMPELLO, L. G. B.. O Direito Humano a viver em um meio ambiente saudável e equilibrado à luz dos seus vínculos com outros direitos humanos na iminência do pacto global ambiental. **Revista Argumentum**, v. 22, p. 41-71, 2021.

OMOTO, João Akira; PIOVESAN, Flávia Cristina. **O Desenvolvimento Sustentável como Direito Humano frente à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas**. Disponível em: https://soac.imed.edu.br/index.php/siet/isiet/paper/viewFile/846/250. Acesso em: 30 jun. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

POZZOLI, Lafayette; SIQUEIRA, Gilmar; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Pandemia e fraternidade: a resposta comunitária oferecida pela agenda da onu 2030 uma agenda para o século xxi construindo a agenda 2045. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 3, n. 65, p. 410 - 429, abr. 2021.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O que são Direitos Humanos? In: **Direitos Humanos**. Ed. UFPB, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVEIRA, V. O. DA; PEREIRA, T. M. L. Uma nova compreensão dos direitos humanos na contemporaneidade a partir dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS). **Revista Jurídica Cesumar**, v. 18, n. 3, p. 909–931, 5 dez. 2018.

SILVEIRA, V. O. DA; ROCASOLANO, M. M. **Direitos humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRADO, J. L. Globalización y Derechos Humanos. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 17, p. 43–74, 2000.

TREVISAM, Elisaide; CRUCIOL JUNIOR, Jessé. Objetivos do desenvolvimento sustentável: o direito humano e o suporte fático da rede da vida. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 4, n. 57, p. 328 - 354, out. 2019.

O PASSADO E O PRESENTE DE MÃOS DADAS: PERMANÊNCIAS DA DITADURA CIVIL MILITAR NA ATUAÇÃO REPRESSIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DO BRASIL

Data de aceite: 03/07/2023

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda
Mestre em Direito (UFPE). Doutoranda em Direito (UBA). Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá-RJ(UNESA). Especialista Internacional em Segurança Pública pela Universidade do Estado da Bahia/ Università Degli Studi di Padova. Professora de Direito Penal da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Pesquisadora UNEB/CNPQ. Defensora Pública Titular da Vara de Execuções Penas e Medidas Alternativas do Estado da Bahia. Titular do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia.

Alexsandra Costa Lima
Graduada em Direito (UNEB). Graduada em História (UNEB). Advogada

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar a permanência do crime de desaparecimento forçado de pessoas no Brasil, a partir do legado do período ditatorial até os dias atuais, utilizando-se, para tanto, a análise dos fatos envolvendo o desaparecimento de Rubens Paiva, na ditadura, e, de Amarildo Dias, no Estado Democrático de Direito, traçando um paralelo entre o período ditatorial e o presente. Dentro de uma perspectiva de violência institucional, a prática cotidiana de violação de direitos humanos persiste e é legitimada pelo Estado. Procura-se, destarte, ilustrar o crime de desaparecimento forçado, mesmo ausente a tipicidade penal em nosso ordenamento jurídico, apesar das determinações estabelecidas pelo direito internacional dos direitos humanos relativas à questão em análise. Nesse sentido, procura-se comprovar que, apesar da recomendação internacional, o Brasil ainda se adequa lentamente ao ramo do direito internacional público no tocante à matéria. Dessa maneira, a presente pesquisa, aponta as permanências da ditadura civil militar no Estado Democrático de Direito, a partir de uma abordagem qualitativa e análise de estudo de caso, concluindo que ainda estão presentes no nosso ordenamento jurídico os resquícios do regime ditatorial, nas instituições que compõem o sistema de justiça. O bônus pelas atrocidades cometidas pelos militares na ditadura foi a lei da anistia, o qual perdoou torturadores e torturados, logo não houve a efetivação da justiça de transição. A metodologia do presente trabalho, se pauta de fontes primárias, secundárias do método qualitativo e do estudo de caso.

PALAVRAS-CHAVE: Desaparecimento

forçado de pessoas; Período ditatorial; Violência institucional; Violações de Direitos Humanos; Estado Democrático de Direito.

THE PAST AND THE PRESENT HOLDING HANDS: PERMANENCES OF THE CIVIL MILITARY DICTATORSHIP IN THE REPRESSIVE PERFORMANCE OFTHE DEMOCRATIC STATE OF LAW IN BRAZIL

ABSTRACT: The present research aims to demonstrate the permanence of the crime of forced disappearance of people in Brazil, from the legacy of the dictatorial period to the present day, using, for that, the analysis of the facts involving the disappearance of Rubens Paiva, in dictatorship, and, by Amarildo Dias, in the Democratic State of Law, drawing a parallel between the dictatorial period and the present. Within a perspective of institutional violence, the daily practice of human rights violation persists and is legitimized by the State. It seeks, therefore, to illustrate the crime of forced disappearance, even in the absence of criminality in our legal system, despite the determinations established by international human rights law regarding the issue under analysis. In this sense, it seeks to prove that, despite the international recommendation, Brazil is still slowly adapting to the field of public international law with regard to the matter. In this way, the present research points out the permanence of the military civil dictatorship in the Democratic State of Law, from a qualitative approach and case study analysis, concluding that the remnants of the dictatorial regime are still present in our legal system, in the institutions that make up the justice system. The bonus for the atrocities committed by the military during the dictatorship was the amnesty law, which pardoned torturers and tortured people, so there was no transitional justice. The methodology of the present work is guided by primary and secondary sources of the qualitative method and the case study.

KEYWORDS: Forced disappearance of persons; Dictatorial period; Institutional Violence; Violations of Human Rights. Democratic State of Law.

1 I INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como premissa demonstrar a permanência da ditadura civil militar no Estado Democrático de Direito. Dessarte, traçamos um paralelo entre os casos de Rubens Beyrodt Paiva e Amarildo Dias de Souza.

O Brasil não tipificou o crime de desaparecimento forçado, apesar de já ter ratificado a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados e o Estatuto de Roma, mas esse tipo de crime continua a ser perpetrado pelos órgãosrepressores de segurança pública no Estado Democrático de Direito.

Quando comparamos os casos de Rubens Paiva e de Amarildo Dias, foi percebido que ambos sofreram as mesmas agressões, porém em contextos distintos. O primeiro foi durante a ditadura militar e o segundo no Estado Democrático de Direito.

Esse artigo foi concretizado através de fontes primárias e secundárias, tanto do períododitatorial como no período pós constituição de 1988. Dessarte, a catalogação de

tais fontes teve como premissa entender as duas conjunturas de desrespeito da dignidade da pessoa humana.

Ao analisar o caso de Rubens Paiva buscamos as fontes primárias (inquéritos policiais e depoimentos de testemunhas) e secundárias (autores que debruçaram no estudo do regime de exceção). Os documentos e a escrita doutrinária foram de suma importância para observar e entender as contradições entre os que diziam as testemunhas e os militares da época.

No que se refere ao caso de Amarildo Dias de Souza, além da sentença da 35º Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, utilizamos autores que estudam sobre a continuação do regime ditatorial na consumação de violência perpetrada pelos policiais da atualidade. Logo, ao analisar toda a sentença, mostramos a continuação dos anos de "chumbo" no regime "democrático" brasileiro.

Além de fontes primárias e secundárias, foi utilizado também uma abordagem qualitativa, o qual observou os resquícios da ditadura civil-militar no Estado Democrático de Direito. Assim, como enfatizam Silveira e Corsdóva (2009)[1] "a pesquisa qualitativa se preocupa, portanto, com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais".

Para um melhor desenvolvimento do artigo, optamos também por fazer o estudo de caso sobre Rubens Beyrodt Paiva e Amarildo Dias Souza. Essa abordagem pode ser compreendida como uma análise profunda do caso, o qual tem como premissa um detalhado conhecimento sobre o estudo em pauta.

Por fim, procuramos demonstrar que, mesmo sendo o Brasil considerada um Estado Democrático, na verdade o que existe é uma "legalidade autoritária"[2], haja vista que, ainda é visível a permanência de resquícios da ditadura militar. A diferença está entre o período e o contexto[3]. Essa violência legítima, seleciona quem vai morrer (FOUCAULT, 2016), em um biopoder que perpassa todo o sistema de justiça, informal-polícia- ou formal- órgãos estatais. Nessa esteira de pensamento, percebe-se que o Estado em nome da proteção e segurança, vai estabelecendo um espaço de violência legítima, conforme o direito, vale dizer, onde o direito se confunde com a própria violência, num verdadeiro estado de exceção (AGAMBEN, 2004), encontrando ainda respaldo na atuação dos operadores que constituem o sistema de justiça criminal.

Nesse diapasão, percebemos a subsistência do crime de desaparecimento forçado

1 SILVEIRA; CORSDÓVA (2009, p. 31).

2 Termo utilizado pelo pesquisador Anthony Pereira, quando assinala que o Brasil foi o país que viveu menos justiça de transição democrática, em parte porque a legalidade autoritária-gradualista e conservadora-de seu regime militar envolveu a participação de boa parte do establishment jurídico e continuou a ser legitimada (Cf. D'ELIA FILHO, 2021, p. 35).

3 Como assinala D'ELIA FILHO (2021, p. 35), todo esse discurso construído no período do golpe militar, circulante na sociedade civil, sob a égide do Ato Institucional nº 05, é incorporado pelos operadores do sistema de justiça criminal pós-ditadura que se utilizam do modelo de da defesa social ao promover a legitimação do poder punitivo do Estado na luta contra a criminalidade. O AI-5 foi decretado em 13 de dezembro de 1968 pelo Presidente general Costa e Silva, vigorando até dezembro de 1978. (BRASIL, *Ato Institucional nº 5*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 20 ago. 2021).

de pessoas no Brasil. Vale salientar que as denúncias de pessoas desaparecidas no Brasil, em razão de atividades irregulares dos órgãos de repressão do Estado, fomentou a comunidade internacional a discutir os mecanismos de combate a tal prática.

Como ainda não existe tipificação penal do crime em estudo, faz-se necessário entender a conceituação do crime de desaparecimento forçado de pessoas, a partir dos princípios e normas de direito internacional dos direitos humanos, precisamente a partir da resolução nº 33/173 da Organização das Nações Unidas (ONU); da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados ou Involuntários (DPCDF), também da ONU; da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP) da Organização dos Estados Americanos (OEA); seguida do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), que tipificou com crime de lesa-humanidade, e, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, esta última aprovada no âmbito das Nações Unidas.

Outrossim, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao crime de desaparecimento forçado de pessoas, faz recomendações, no tocante a reparação às vítimas e familiares, apontando mecanismos de combate ao desaparecimento forçado de pessoas no continente americano.

Nesse sentido, podemos observar que, diferentes mecanismos e estratégias foram utilizados ao longo dos anos para a promoção da Justiça de Transição, todos buscando, de alguma maneira, diminuir ou eliminar o espectro da impunidade.

Enquanto países como a Argentina optaram por uma derrogação explícita de todas as medidas que impediam o processamento penal de crimes praticados por agentes de Estado durante a repressão política,outros países, como o Chile, optaram por modelos que combinam anistias com julgamentos seletivos. (MOREIRA DA SILVA FILHO et al, 2013, p.15).

Podemos afirmar que, a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), a qual iniciou a Justiça de Transição no Brasil, bem como a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos[4], a criação da Comissão da Anistia e a decretação do 3º Plano Nacional de Direito Humanos, foram positivos para fomentar políticas públicas sobre otema.

Outrossim, a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, colaboraram para a refexão da necessidade de se tipificar o ilícito em estudo.

Dessa maneira, mesmo com a criação da Comissão Nacional da Verdade[5] e a

4 Aproximadamente, conforme Dossiê de Mortos e Desaparecidos Políticos e Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV, v1, 2021), no Brasil, de acordo com o livro *Direito à memória e à verdade* (2007), publicado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, durante o Governo Lula, 475 pessoas morreram ou desapareceram por motivos políticos naqueles anos, decorrente do período da ditadura militar (1960 a 1985), entre estes, milhares de índios.
5 CF.WESTHROP (2016).

análise de denúncias de desaparecimento de pessoas nos “ anos de chumbo”, nas Varas Criminais contra agentes perpetradores de violações de direitos humanos, o Brasil ainda está longe de promover a verdadeira justiça de transição. O que se observa, como bem assinalou SAFATLE; TELES (2010, p. 10), é que a ditadura brasileira deve ser analisada em sua especificidade, pois ela não se mede por meio de mortos deixados para trás, mas através das marcas que ela deixa no presente, ou seja, através daquilo que ela deixará para a frente, e nesse sentido, podemos dizer que a ditadura brasileira foi a ditadura mais violenta que o ciclo negro latino-americano conheceu.

E é sobre esse legado do passado, que transpôs toda cultura da tortura, violência e criminalização da pobreza, que ela repercute até os dias de hoje

2 I A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL E O LEGADO DA DITADURA MILITAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O regime de exceção foi marcado por atos institucionais, os quais tinham como premissa dar sustentáculo “legal” frente à população. Dessa forma, tais atos emergiram numa perspectiva de aniquilação de direitos inerentes ao ser humano, visto que os militares utilizaram dessa “legalidade” para cometer crimes de lesa-humanidade.

Deve-se enfatizar que, foi no período de abertura política, especificamente em 1979, que foi promulgada a lei da anistia (lei 6.683/1979). Essa lei veio para anistiar as vítimas e os seus algozes, ou seja, houve uma anistia de mão dupla.

In verbis,

> O Estado “anistiava” os militantes políticos de oposição, a grande maioria dos quais já havia sido presa, morta, torturada, exilada, perseguida; e “anistiava” igualmenteos agentes da repressão de todos os crimes hediondos cometidos: assassinato, estupro, tortura, sequestro, desaparecimento forçado de pessoas, ocultação de cadáver, impedindo, assim, não somente que eles fossem punidos, mas também que suas identidades e seus atos fossem conhecidos e se tornassem públicos[6].

Dessarte, considerando que o Brasil vivenciou uma ditadura militar, faz-se necessário salientar que a justiça transicional ocorreu de forma incompleta, pois houve uma transição negociada a qual ocorreu de forma lenta, gradual e segura, logo teve seu marco inicial a promulgação da lei 6.683/79 a qual anistiou torturados e também torturadores. Como bem assinala ABRÃO (2012, p.14), não se pode fundar uma nova cultura de direitos humanos anistiando quem assassinou, sequestrou, torturou, violou e ocultou cadáveres.

A posteriori, a Constituição Federal de 1988, através do artigo 8° do ADCT foi o primeiro instrumento legal que oportunizou o Estado Brasileiro a promover a reparação das vítimas. Porém, essa reparação apenas versou em anistiar os cidadãos que foram atingidos em decorrência à motivação política de 1946 até a promulgação da Constituição

6 TOSI; SILVA (2014, p. 42).

Federal de 1988.

No ano de 1995 houve outro marco legal, a lei 9.140, o qual veio ratificar a ação de reconhecimento. Tal normatização veio por reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro pela morte dos opositores durante a ditadura, logo, tal lei possibilitou a criação da Comissão Especial sobre mortos e desaparecimento político.

Essa lei, segundo SPINELE (2018)[7], voltava-se, principalmente, para o pagamento de valores indenizatórios aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos. Ou seja, a reparação não foi em uma esfera penal.

Em 2002 foi promulgada a lei 10.559, a qual criou a comissão da anistia, logo tal evento veio regulamentar o artigo 8º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) a qual previa apenas a anistia. A normatização de 2002 ratificou a condição de anistiado político e concretizou a reparação econômica.

No que se refere à Comissão Nacional da Verdade, a qual foi criada pela lei 12.528/2011, sua finalidade foi verificar as violações aos direitos humanos. No entanto, cabe salientar que tal comissão, não teve caráter persecutório, sua tarefa se restringiu a averiguar fatos, no sentido de proporcionar a confrontação de provas e interpretação que lhe foram apresentadas, promovendo, dessa forma, as desconstruções de versões falsas documentadas pelos agentes repressivos.

Quando se trata de justiça de transição referente à efetivação da justiça, aparece a mais extensa problemática: a não responsabilização penal dos agentes que cometeram crimes lesa-humanidade. Dessarte, como salienta QUINTANA E MELLO (2016)[8], o Brasil renunciou ao direito de punir penalmente os crimes cometidos durante a ditadura militar. A leida anistia "vai além da simples exclusão da pena, extingue o próprio crime e todos os seus efeitos penais"[9].

Nesse diapasão, deve-se enfatizar que, o Brasil em 2010 foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), por crimes lesa-humanidade os quais são imprescritíveis. A Corte explicitou que esses ilícitos devem ser investigados, processados e punidos, haja vista que a lei da anistia, segundo o STF, é inconvencional[10], visto que viola a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual foi ratificada pelo Brasil.

A posteriori, o Brasil foi mais uma vez condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dessa vez no caso de Herzog e outros[11]. Tal condenação foi efetivada em 15 de março de 2018. A corte explicitou que, a tortura e o assassinato ocorrerem numa

7 SPINIELE (2018).
8 QUINTANA; MELLO (2016).
9 Idem, p.05.
10 A inconvencionalidade é quando a lei interna contraria (viola) as convenções internacionais em que o Brasil ratificou. Cf. GOMES (2011).
11 CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Vladimir Herzog e outros contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado "Estado" ou "Brasil"*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 23 abr. 2019.

sistemática de violação de direitos humanos.

Destarte, quando o judiciário brasileiro acata a abrangência da lei da anistia em relação aos algozes, e, não segue a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecem as atrocidades cometidas como um elemento do Estado Democrático, o que por consequência gera na atualidade novas violações perpetradas pelos agentes militares.

3 I RESQUÍCIOS DA DITADURA CIVIL MILITAR NO ESTADO DE DIREITO: SEMELHANÇAS ENTRE RUBENS BEYRODT PAIVA E AMARILDO DIAS DE SOUZA

Como já enfatizado, a ditadura militar surgiu em um contexto de combater as ideias comunistas. Logo, foi nesse período e conjuntura que emergiu a prisão ilegal, a tortura e o desaparecimento forçado do Rubens Beyrodt Paiva.

Paiva foi preso quando estava em sua casa pelos agentes do CISA (Centro de Informações de Segurança e Aeronáutica). Segundo a Comissão Nacional da Verdade a prisão foi ilegal pois os agentes estatais adentraram bruscamente na casa de Paiva e utilizaram o carro desse para levar ao interrogatório. Cabe enfatizar que, após a sua detenção ilegaliniciou-se a saga para saber o paradeiro do mesmo.

Os agentes estatais, a fim de que os familiares não achassem Rubens Paiva encenou um falso resgate. Como prova, emerge a declaração de Raimundo Ronaldo Campos perante a Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro, a qual disponibilizou para a Comissão Nacional da Verdade.

> (...) que na noite do dia 21 para o dia 22 de janeiro de 1971, em dado momento sem lembrar da hora exata, o chefe do setor de operações que estava de plantão, no caso, o Major Francisco Demiurgo Santos Cardoso, o chamou e disse, "olha você vai pegar o carro, levar em um ponto bem distante daqui, vai tocar fogo no carro para dizer que o carro foi interceptado por terroristas e vem pra cá". Que chegou a questionar seu superior perguntando "ué porquê?" tendo ouvido como resposta que era "para justificar o desaparecimento de um prisioneiro". Que essa hora o major Demiurgo não lhe deu o nome do prisioneiro e só depois, quando voltou ao quartel e preencheu o mapa de missão é que foi informado que se tratava de Rubens Paiva[12]

A versão dos militares sobre a prisão de Paiva tinha como premissa concretizar o desaparecimento forçado, pois houve a privação da liberdade e a recusa de informar o seu paradeiro, impedindo que as garantias judiciais fossem efetivadas.

Ainda em relação aos documentos disponibilizados pela Comissão Nacional da Verdade, percebe-se que, Rubens Paiva foi torturado, o que por consequência houve a sua morte. Como prova emerge a declaração subscrita pelo médico Amílcar Lobo Moreira

12 Cf. Arquivo CNV, 00092.002823/2014-00: *Depoimento de Raymundo Ronaldo Campos à Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro (CEV-Rio)*, em 18 de novembro de 2013, p. 3. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo12/Nota%20330%20-.%2000092.002823_201 4-00%20-%20CEV-RJ%20-%2018-11-2013.pdf. Acesso em: 14 set. 2019.

da Silva.

> Respondeu que: em data não precisa, mas certamente no mês de janeiro de 1971, por prestar serviços médicos ao primeiro batalhão da polícia do exército, foi chamado em sua residência para fazer um atendimento naquela dependência militar (...). Que ao examinar o paciente verificou que o mesmo se encontrava na "condição de abdômen de tábua" o que em linguagem médica pode caracterizar hemorragia abdominal. Que ao examinar o paciente este disse ao declarante chamar-se Rubens Paiva (...). Que o declarante aconselhou que o paciente fosse imediatamente hospitalizado. Que ao retornar para sua jornada normal recebeu a notícia de que a pessoa a quem fizera atendimento de madrugada havia falecido[13].

Dessarte, percebe-se que, houve a sua prisão ilegal, a tortura e o desaparecimento forçado. Dessa maneira, tais métodos se efetivaram sob o prisma de violação dos direitos humanos e em nome da segurança nacional.

Cabe enfatizar que em pleno Estado Democrático de Direito os agentes estatais continuam concretizando as prisões ilegais, torturas e desaparecimento forçado. No entanto o que muda é o período e o contexto, pois na ditadura militar os atos atentatórios à dignidade dapessoa humana era cometido em nome da segurança nacional já contemporaneamente há uma punição de pobres e negros.

Dessarte, tomando como exemplo, emerge o caso de Amarildo Dias de Souza o qual foi detido em 14 de julho de 2013. Amarildo de Souza teve sua locomoção ilegalmente cerceada pois não havia nenhuma autorização judicial. A única alegação foi a suspeita de tráfico de drogas, no entanto, tal possibilidade foi descartada[14].

Para além, também houve o uso constante da tortura quando da sua chegada na UPP (Unidade de Polícia Pacificadora). A denúncia discorre os métodos cruéis:

> Na base da UPP/Rocinha situada na localidade conhecida como portão Vermelho, no interior da comunidade da Rocinha, Rio de Janeiro, os denunciados,(...) livre e conscientemente, em comunhão de designíos e ações entre si, constrangeram Amarido Dias de Souza com o emprego de violência, consistentes em choques elétricos, asfixia com o uso de saco plástico na cabeça e na boca, além de afogamento causando-lhe sofrimento físico e mental, assim, o torturando, com o fim de obter informações da vítima acerca dos locais de guarda de armas e drogas dos traficantes da Rocinha. Os atos de tortura descritos produziram lesões que foram causa eficiente da morte da vítima[15].

---

13 Arquivo CNV, SNI: BR_DFANBSB_ARJ_ACE_13761_86_001. *Termo de declaração Prestado por Almicar Lobo Moreira da Silva.* P. 22 Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo12/Nota%20323,%20324,%20326,%20327,%20328,%20334,%20335,%20336,%20338,%20339%20%20BR_DFANBSB_V8_ARJ_ACE_13761_86_001.pdf.
Acesso em: 11 set. 2019.

14 "Amarildo era morador da comunidade e já conhecia os denunciados. Não havia nenhum motivo lógico para conduzir a vítima ao CCC (centro de comando de controle), considerando que os agentes sabiam que não se tratava de um traficante". BRASIL, Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, 35º vara criminal da capital. *Sentença nº 0271912-17.2013.8.19.0001.* Autor: Ministério Público. Réus: Edson Raimundo Santos, Luiz Felipe de Medeiros e outros. Juíza de Direito: Daniella Alvares Prado. p.90 Rio de janeiro, p. 91-92, 1º de fevereiro de 2016. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=027191217.2013.8.19.0001. Acesso em: 15 set. 2019.

15 Idem, p. 76.

Além da prisão ilegal, da tortura também houve o desaparecimento forçado, pois até o momento os acusados e sentenciados não falaram sobre o paradeiro do corpo da vítima. Foi enfatizado na sentença que:

> Amarildo esteve na sede da UPP. Após, nunca mais foi visto. Não retornou à sua casa. Seus familiares nunca mais souberam seu paradeiro. Seu óbito foi declarado conforme certidão cuja cópia conta em fls. 6492[16].

É perceptível que a promulgação da Constituição Federal teve como premissa colocar um "fim" no Estado de exceção consolidando, assim, a "democracia". Dessarte, é visível que formalmente a carta magna lançou bases para um Estado Democrático de Direito, no entanto, materialmente ainda é possível ver inúmeros resquícios da ditadura militar.

4 I CONCLUSÃO

A partir de 1964 houve um golpe civil militar. Dessarte, por vinte e um anos de regimede exceção, inúmeras pessoas foram submetidas a métodos desumanos, isso com a mera finalidade de os agentes estatais conseguirem confissões. Dessa maneira, os direitos humanos foram deixados à margem, visto que entre os ilícitos houveram a decretações de prisões ilegais, tortura, a qual ocasionou em morte, e desaparecimento forçado.

Dessa forma, como bônus por todos os ilícitos cometidos pelos agentes estatais, em 1979 os militares foram agraciados pela lei da anistia. Esta anistiou os torturados e também os seus algozes. Dessarte, mesmo com todos os atos inquisitoriais praticados pelos militares os mesmos não iam sofrer a punição na esfera penal, o que gerou uma perpetuação da violência dos agentes estatais até os dias atuais.

Logo, como forma de analisar as semelhanças entre o caso de Rubens Beyrodt Paiva e Amarildo Dias de Souza, foi necessário questionar: o que as inúmeras e brutais violações da dignidade da pessoa humana cometidas contra Paiva têm a ver com o caso de Amarildo Dias?

A resposta pode ser delineada sobre a perspectiva da não consumação da justiça de transição no Brasil, pois para que ela tivesse sido de fato efetivada seria necessário não apenashaver a benefício pecuniário para as vítimas ou para os seus familiares, mas, acima de tudo, que tivesse sido concretizada a responsabilização penal dos algozes, evitando assim, uma provável extensão do regime ditatorial na democracia brasileira. Dessa forma, o "fim" do regime militar não significou a inatividade dos agentes estatais, visto que continuaram naativa ensinado os métodos cruéis para os novos militares.

Através dos casos de Rubens Paiva e Amarildo Souza foi possível observar as permanências dos crimes cometidos durante a ditadura militar e no Estado Democrático de Direito. Tal como ocorreu no regime ditatorial, as ações policiais da atualidade são

16 Ibidem, p. 98.

pautadas no crescente autoritarismo e com um brusco desrespeito à dignidade da pessoa humana. Assim, percebe-se que há uma continuação da ditadura militar nas ações da polícia brasileira na atualidade, pois, os agentes estatais, continuam a prender ilegalmente, a torturar e aconcretizar o desaparecimento forçado. A única diferença é que no regime de exceção flagelavam quem ia contra aos ideais militares e, hoje a criminalização tem classe e cor.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil**: estudos sobre Justiça de Transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

Arquivo CNV. 00092.002823/2014-00: **Depoimento de Raymundo Ronaldo Campos à Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro (CEV-Rio)**, em 18 de novembro de 2013, p. 3. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo12/Nota%20330%20-%200092.002823_2014-00%20-%20CEV-RJ%20-%2018-11-2013.pdf. Acesso em: 14 set. 2019.

Arquivo CNV. SNI: BR_DFANBSB_ARJ_ACE_13761_86_001. **Termo de declaração Prestado por Almicar Lobo Moreira da Silva**. p. 22. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo12/Nota%20323,%20324,% 20326,%20327,%20328,%20334,%20335,%20336,%20338,%20339%20%20BR_DFANBSB_V8_ARJ_ACE_13761_86_001.pdf. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Desaparecimentos forçados. In: **Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas** Brasília: CNV, v1, p. 562, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo12/Capitulo%2012.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luis Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADP F%2F153. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, **35º Vara Criminal da Capital. Sentença nº 0271912-17.2013.8.19.0001**. Autor: Ministério Público. Réus: Edson Raimundo Santos, Luiz Felipe de Medeiros e outros. Juíza de Direito: Daniella Alvares Prado. p. 90 Rio de janeiro, p. 91-92, 1º de fevereiro de 2016. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=027191217.2013.8.19. 0001. Acesso em: 15 set. 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia).** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 18 abr. 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Vladimir Herzog e outros contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado "Estado" ou "Brasil".** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 23 abr. 2019.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **A lei da anistia viola convenção de direitos humanos**. Revista Conjur-Coluna do LFG, 10 de março de 2011.

MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coords.). **Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OEA. CORTE IDH. **Caso Gomes Lun e outros Vs. Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 19 out. 2021.

QUINTANA, Julia Gonçalves; MELLO, Daniele Côrte. **A validade jurídica da lei de anistia brasileira frente à constituição federal e ao direito internacional de proteção dos direitos humanos.** XIII seminário Internacional: Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016.

SILVEIRA, Denise Tolfo; CORSDÓVA, Fernanda Peixoto. **A pesquisa cientifica**. *In*: GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA Denise Tolfo. Métodos de pesquisa. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SPINIELE, André Luiz Pereira. **A Justiça de Transição no Brasil: aspectos conceituais e a participação do Ministério Público na consecução dos fins**. In: BRASIL. Ministério Público Federal. Justiça de Transição, direito à memória e à verdade: Boas práticas. Brasília: MPF, 2018.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. Apresentação. *In*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

TOSI, Giuseppe; SILVA, Jair Pessoa de Albuquerque e. **A justiça de transição e o processo de redemocratização. In: Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade**. Giuseppe Tosi. [et al.], (Orgs.). João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

WESTHROP, Amy Jo (Orgs.). **As Recomendações da Comissão Nacional da Verdade: Balanços sobre a sua Implementação Dois Anos Depois**. Amy Jo Westhrop, Ayra Guedes Garrido, Carolina Genovez Parreira e Shana Marques Prado dos Santos (Orgs.). Rio de Janeiro: ISER, 2016.

CAPÍTULO 7

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS FEMININOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA CONCEPÇÃO HISTÓRICA

Data de aceite: 03/07/2023

Jessyka Mendes Dias Simões
Graduada em Direito. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo analisar desde a construção histórica do reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher até a sua caracterização como direitos fundamentais e humanos. Para tanto, far-se-á, além de uma exposição histórica e teórica do reconhecimento e construção desse direito. O método científico utilizado, portanto, será dedutivo, com abordagem qualitativa do estudo sobre os direitos sexuais reprodutivos. Diante desse panorama, a discussão perpassa conceitos jurídicos e bioéticos, sendo possível o desenvolvimento de uma perspectiva plural em razão da injustiça e vulnerabilidade à qual está submetida a mulher e o seu corpo, bem como o reconhecimento como um direito humano individual e fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher; Direitos sexuais reprodutivos femininos; Direitos Fundamentais.

RECOGNITION OF FEMALE SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS AS FUNDAMENTAL RIGHTS: A HISTORICAL CONCEPTION

ABSTRACT: This paper aims to analyze from the historical construction of the recognition of women’s sexual and reproductive rights to their characterization as fundamental and human rights. To this end, it will be done, in addition to a historical and theoretical exposition of the recognition and construction of this right. The scientific method used, therefore, will be deductive, with a qualitative approach to the study of sexual reproductive rights. Given this panorama, the discussion runs through legal and bioethical concepts, making it possible to develop a plural perspective due to the injustice and vulnerability to which women and their bodies are subjected, as well as the recognition as an individual and fundamental human right.

KEYWORDS: Woman; Female reproductive sexual rights; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa surgiu da inquietação em relação às limitações

sofridas pelas mulheres, por conta de ações estatais, no que se refere aos seus direitos sexuais reprodutivos. Isto porque há previsão legal para determinar quais mulheres e em que fase de suas vidas estão autorizadas para realizar procedimentos de esterilização definitiva. Neste contexto, a Lei nº 9.263 de 1996, que regula o planejamento familiar, prevê em seu art. 10 as hipóteses de esterilização voluntária, quais sejam: homens e mulheres com capacidade civil e maiores de 25 anos de idade ou pelo menos com dois filhos vivos. Além destes requisitos, para a realização do procedimento é imprescindível um acompanhamento multidisciplinar de equipe médica e psicológica, uma manifestação de vontade expressa e, em caso de matrimônio, o consentimento, também expresso, do parceiro ou parceira.

Mesmo com estes requisitos, a legislação ratifica diversas vezes que a cirurgia deve ocorrer como última medida e que os procedimentos, exceto nos casos de riscos, devem ocorrer no sentido de desencorajar aquele que deseja passar pela esterilização. Com essa postura, percebe-se que os direitos fundamentais das mulheres de dignidade da pessoa humana, de liberdade e de autonomia individual são mitigados pela vontade do Estado em realizar um verdadeiro "controle de natalidade às avessas", uma vez que relativiza, além dos referidos princípios, o do próprio direito ao corpo humano.

Essas questões foram, portanto, debatidas em diversas ocasiões internacionais, de modo que, gradativamente, os direitos sexuais e reprodutivos femininos foram sendo reconhecidos. Há, entretanto, uma contradição na legislação brasileira, em que pese na Lei nº 9.263 de 1996, artigo 10, em que o direito da mulher sobre seu próprio corpo é relativizado.

No Desta forma, faz-se necessário uma análise de perto de toda a construção histórica acerca dos direitos sexuais reprodutivos femininos, bem como da legislação para, além de acompanhar o desenrolar dos processos e a garantia (ou não) dos direitos fundamentais individuais elencados.

1 I DIREITOS SEXUAIS REPRODUTIVOS FEMININOS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Para alcançar o que se tem hoje no que diz respeito aos direitos das mulheres foram necessários séculos de reivindicações de direitos básicos, pois a mulher era vista, historicamente, como um ser assessório, ocupante apenas do papel social doméstico, sendo incapaz de ser inserida na vida pública política, lugar comumente ocupado por homens (MIGUEL; BIROLI, 2014). Nesse sentido, as reivindicações ocorreram nos mais variados contextos e formas, com diversidade de público e objetivo, para que então, somente com o passar dos anos, o objetivo central – de igualdade dos sexos – pudesse ser visto como algo concreto.

Esses movimentos decorreram, e decorrem até hoje, do que se denomina feminismo,

que deve ser entendido aqui, dentre suas mais diversas vertentes, como uma militância pela igualdade de gênero, face às condições sociais e os mecanismos de dominação masculina. Está, neste viés, atrelado ao pensamento socialista, cuja forma de mudar o mundo é sempre relacionada com a necessidade de interpretá-lo (MIGUEL; BIROLI, 2014).

Esta vontade de mudar a sociedade para incluir as mulheres no seio social e garantir-lhes direitos reverbera desde as revoluções do século XVIII, na Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América que, por meio de como um movimento social e político de grande produção filosófica teórica, buscou conscientizar mulheres como grupo e coletivo da opressão, dominação e exploração, dentro do contexto social do patriarcado.

Como consequências dessas revoluções sociais surgiu a concepção de gênero que, acima das concepções pré-definidas biologicamente, passou a ser analisada pela ótica das relações sociais, de emprego das culturas e seus efeitos nas organizações e instituições sociais, políticas e econômicas através dos anos.

Situando dentro do contexto histórico das revoluções femininas, ressalta-se que essa consciência de gênero surgiu nas revoluções burguesas entre as mulheres da França e da Inglaterra, dentro do contexto da Revolução Francesa de 1789. Neste período, em específico, as manifestações a favor da classe feminina ocorriam pautadas nos ideias de igualdade, fraternidade e liberdade (BRAUNER, 2003).

Este pensamento de que a mulher ocupava uma posição inferior a do homem, cabendo-lhe apenas realização das atividades do seio familiar é sedimentado ao passar dos anos pela Igreja Católica Romana, pois a religião cristã prega que, desde a sua criação e com as condições biológicas que lhe foram atribuídas, cabia a mulher apenas o desenvolvimento deste papel (MATTAR, 2008). Desta visão, tem-se que “ao lado da Igreja e de um Estado patriarcal, a ciência, epistemologicamente masculina, ajuda a legitimar a condição de subalternidade feminina, segundo ideologia de um determinismo biológico” (GOMES, 2003, p. 51-54).

A legislação da época, também conservadora, posicionava o homem como protetor e titular dos direitos, o que ajudou a sedimentar o movimento feminista de quebra dos obstáculos sociais, psicológicos e filosóficos. Na contramão da legislação, a mulher passou a se tornar um instrumento transformador de conscientização social que começou, primeiramente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (GOMES, 2003).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos garantiu, no âmbito internacional, que ninguém estará sujeito às interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar (conforme disposto no artigo XII) e que homens e mulheres têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família, sem qualquer resistência, exceto uma idade mínima para contraí-lo (artigo XVI).

Anos depois, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, garantiu o direito à liberdade (artigo 5), à igualdade

no acesso à saúde (artigo 5, letra e, n. IV), à igualdade no casamento e na constituição da família (artigo 5, letra d, IV). Um ano depois, os direitos foram ampliados pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que garantiu o direito à vida e à liberdade (artigo 6) e a igualdade entre homens e mulheres (artigo 3). Naquele mesmo ano, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ratificou os princípios da igualdade e da liberdade, bem como obrigou os Estados a reconhecerem o direito de proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto (artigo 12).

Anos depois, quando da realização da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, em 1984) reafirmou-se o princípio da igualdade entre os sexos e a obrigatoriedade dos Estados de adotar ações afirmativas para assegurar essa igualdade. Dentre os direitos a serem assegurados, frisaram-se a obrigatoriedade de idade mínima para o consentimento matrimonial (artigo 16), que anteriormente ficava a cargo de cada governo.

No ano de 2006, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência abordou o tema de saúde sexual e reprodutora, em seu artigo 25, letras “a” e “b”, trazendo um avanço significativo para a proteção dos direitos sexuais. Referido artigo determinou que os países devem oferecer às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva, propiciando que essas pessoas tenham acesso aos serviços e insumos que necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces (VENTURA, 2009).

Tem-se, ainda, como marco importante no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos femininos, a realização da I Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1968, realizada em Teerã, promovida pela ONU. Na ocasião, os direitos reprodutivos foram vistos como direitos humanos e, além disso, determinou-se que os pais das crianças teriam o direito fundamental de determinar livremente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos. Durante a conferência, fez-se menção expressa quanto à questão da família, dos filhos e dos direitos reprodutivos, mas não quanto aos direitos sexuais. (MATTAR, 2008)

Este movimento continuou reverberando com o passar dos anos, como em 1974, durante a Conferência da População, realizada na Romênia, em que se reconheceu o direito de casais e indivíduos determinarem o número de filhos e seu espaçamento, bem como o papel do Estado na garantia desses direitos, incluindo-se a informação e o acesso a métodos de controle da natalidade. No mesmo sentido, em 1975, no México, ocorreu a Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher, em que foi reconhecido o direito à integridade física e às decisões sobre o próprio corpo feminino, o direito às diferentes orientações sexuais e os direitos reprodutivos.

Nesse sentido, foram surgindo várias ocasiões formais em que se discutia sobre os direitos sexuais reprodutivos femininos e, ainda que estes eventos não tivessem força

vinculante como os tratados internacionais, fizeram o papel de sinalizar os compromissos morais que estavam sendo firmados entre os Estados pactuantes. Com isso, os estados-membros se viam na obrigação de honrar com o compromisso assumido, uma vez que sofriam pressões externas e a consequência para o não cumprimento era o constrangimento político perante todos os membros. (MATTAR, 2008)

Feito este breve panorama sobre as convenções internacionais, passa-se a tratar como se deu a proteção desses direitos sexuais e reprodutivos no Brasil.

2 | DIREITOS SEXUAIS REPRODUTIVOS FEMININOS NO CONTEXTO DO BRASIL

Antes de adentrar no reconhecimento e defesa desses direitos sexuais e reprodutivos femininos, tem-se que ter em mente que a mulher permanecia à margem da sociedade, tanto pela cultura brasileira, quanto pela influência religiosa da Igreja Católica. Na década de 1950, junto às lutas por seus direitos civis e políticos, as mulheres participaram das manifestações durante a ditadura militar e levantaram a pauta sobre sexualidade e reprodução.

Naquela situação, sucumbia o modelo familiar trazido pelo Código Civil de 1916, tanto pelo movimento feminista quanto pela atuação de outros órgãos civis, como a Organização de Advogados do Brasil, e internacionais, como a Organização das Nações Unidas. Além disso, já se via mudanças socioeconômicas para o reconhecimento do trabalho feminino como contribuição da renda familiar e, em consequência disso, aceitação da família monoparental, anteriormente estigmatizada pela figura da "mãe solteira" (GOMES, 2003, p.59).

Em 1940, a legislação brasileira acolheu o direito de proteção da maternidade e ao trabalho da mulher introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho. O Código Penal, por sua vez, embora proíba o aborto, traz como exceção a possibilidade de ocorrência em caso de gravidez resultante de estupro e risco de morte para a mãe.

Em 1986, no começo da Assembleia Constituinte, a "Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes", buscava a garantia de a mulher decidir sobre o seu próprio corpo, pelo direito à livre opção pela maternidade, assistência médica tanto no pré-natal quanto na interrupção da gravidez. Entretanto, na contramão do pleito feminista, parlamentares contrários ao aborto, defenderam que devia constar a definição constitucional do direito à vida desde a concepção, porém este requerimento não se realizou no texto final (CARRACA, 2016).

Com a Constituição Cidadã de 1988 houve a equiparação da sociedade conjugal, "a não discriminação da mão-de-obra feminina, a proteção à gestante e à empregada-mãe, dentre outras tantas" (GOMES, 2003, p. 59-60). Este reconhecimento, portanto, ocorreu tardiamente, de modo que ainda nos dias de hoje é possível identificar uma incompatibilidade da condição de cidadania feminina na teoria e na prática, como a dificuldade de acesso

ao trabalho, a ocorrência de violência doméstica, estereótipos sexuais, dentre outros indicadores.

Neste período, o Brasil passava por uma extensa produção normativa voltada para a promoção dos direitos constitucionais, com avanço significativo para os direitos das mulheres e para os direitos reprodutivos. Em 1993 o Programa de Saúde Materno-Infantil foi substituído pelo Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), que trouxe uma necessidade de atendimento às mulheres em todas as fases da vida, com destaque para a importância e acesso à informação e planejamento familiar (CARRACA, 2016).

Assim, com o passar dos anos, as leis posteriores ampliaram o direito à licença maternidade, a criminalização do assédio sexual e o afastamento do agressor em caso de violência doméstica. Porém, apenas em 2002 foi reconhecido o direito à licença maternidade em casos de adoção ou guarda de crianças (VENTURA 2009).

De forma clara, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher estão dispostos explicitamente na lei “Maria da Penha” ou, popularmente conhecida como “Lei de Violência Doméstica” (Lei n. 11.340/06). Referida legislação busca proteger os direitos das mulheres nas relações de âmbito doméstico, familiar e por relação íntima de afeto, presente ou pretérita, ainda que sem coabitação ou parentesco (PORTO, 2007, p.25).

3 I O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O artigo 6º da Constituição Federal do Brasil traz como direito social de proteção à maternidade, os direitos sexuais e reprodutivos que, diante de sua ampla dimensão, não possuem abrangência constitucional expressamente definida. Desta forma, pautam-se principalmente no princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, com derivações entre os direitos correlatos.

A cartilha denominada “Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais” (BRASIL, 2006, p.04), elaborada pelo Ministério da Saúde do Brasil, traz como exemplos direitos reprodutivos o direito de decisão, de forma livre e responsável, de se querer ter filhos, a quantidade deles, o momento de concepção, o direito à informação sobre métodos e técnicas de concepção e contracepção.

Pode-se dizer que os direitos sexuais e reprodutivos encontram amparo em vários dispositivos constitucionais, tais como o direito à vida, resguardado na proteção do nascituro e da mulher; o direito à liberdade e à segurança, em relação às escolhas sexuais e reprodutivas; direito de igualdade, indo de encontro às formas de discriminação; bem como o direito da autonomia da vontade na vida privada, uma vez que cabe à mulher decidir de forma autônoma sobre o seu planejamento familiar (FEBRASGO, 2005).

Entretanto, no ordenamento brasileiro tem-se a Lei nº 9.263, de 02 de janeiro de 1996, conhecida como a Lei do Planejamento Familiar, que regula o § 7º do art. 226 da

Constituição Federal. Esta legislação define o planejamento familiar e todas as ações estatais e individuais em torno dele. Porém, na contramão dos avanços legislativos ao longo dos anos, o artigo 10º da referida Lei enuncia os critérios para a realização da esterilização cirúrgica entre homens e mulheres, que são: a capacidade civil plena e idade mínima de 25 anos, ou pelo menos, dois filhos vivos, isto é, idade mínima de 18 anos e dois filhos, ou 25 anos, independentemente do número de filhos; observação do período de 60 dias entre a manifestação do desejo de esterilização e sua realização, bem como aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce.

Nota-se que a intuição do legislador em conceder um prazo de 60 dias foi para oportunizar uma reflexão por parte de homens e mulheres para, ou garantir a desistência do procedimento, ou evitando um posterior arrependimento. Também é critério justificável para a realização da esterilização o risco à vida ou à saúde da mulher ou do concepto, mediante relatório atestado por dois médicos. Além disso, há a necessidade do consentimento livre e informado, sendo esta uma condição necessária para a realização do processo cirúrgico.

Vê-se, desta forma, que o legislador coloca vários empecilhos para a autodeterminação reprodutiva das mulheres face às desigualdades de gênero vigentes na sociedade brasileira. Ao condicionar o procedimento à outorga marital, a mulher é coloca numa situação de desigualdade e inferioridade em relação ao seu companheiro. No sentido da lei, em caso de desacordo, o cônjuge interessado somente conseguirá realizar o procedimento com autorização judicial.

Esta percepção vai de encontro aos princípios até então estudados, tais como da autonomia da vontade, autonomia reprodutiva, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, bem como do livre desenvolvimento da personalidade.

Por conta da incongruência, tramitam no Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ADI 5911, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), que trata da condicionante de idade imposta pelo dispositivo, acima de 25 anos ou com mais de dois filhos vivos, além da autorização expressa de ambos os cônjuges para a realização de esterilização voluntária. Além disso, discute-se na mesma corte e sobre o mesmo tema, a ADI 5097, proposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep).

Em síntese, tem-se que essas exigências legislativas vão de encontro à proteção e garantias dos direitos individuais fundamentais, contrariam todos tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre o tema. Além disso, há violação concreta aos princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a liberdade de escolha (art. 5º), a autonomia privada (art. 5º), igualdade (art. 5º), liberdade de planejamento familiar (art. 226, § 7º) e dos direitos sexuais e reprodutivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades atuais ditas como democráticas iniciaram um movimento de garantia de direitos cada vez mais forte, mais diretamente no que se refere à esfera da sexualidade e reprodução a partir de uma perspectiva emancipatória. A garantia desses direitos se deu através dos movimentos sociais, capitaneados principalmente por mulheres, que se voltaram contra as políticas de silenciamento sofridas por anos.

Os direitos humanos são um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida baseada na liberdade e dignidade do ser humano e são considerados direitos fundamentais porque sem eles uma vida plena e garantidora torna-se inviável. Nesta linha, os direitos sexuais e reprodutivos são inseparáveis, pois, garantem o livre exercício da sexualidade e autonomia para decisões no que se refere à vida sexual e reprodução, bem como oportunizam às mulheres assumir as responsabilidades por essas decisões, baseadas numa ética pessoal e social, que assegurem a integridade e a saúde.

Desta forma tem-se que a pesquisa é relevante socialmente uma vez que toca numa questão de cunho, além de privado, pessoal. A rigor, não caberia ao Estado legislar sobre os corpos dos cidadãos e quando o faz, relativiza o poder que o próprio cidadão acredita ter sobre ele. Para além disso, exigir o consentimento do companheiro, numa primeira análise, soa invasivo, desnecessário e faz parecer que, além do Estado, o esposo, ou a esposa, têm poder sobre os corpos um do outro, o que contribui para a objetificação do corpo humano.

Além do mais, numa sociedade em que se tem cada vez menos filhos, a legislação deveria acompanhar esta mudança e não regredir, como a lei o faz, cujo principal objetivo é incentivar à desistência do procedimento, uma vez que esta prática é reiterada diversas vezes nos dispositivos da lei de planejamento familiar. Esta questão parece ser ainda mais sensível às mulheres, seja pelos motivos culturais, seja pelo fato da cirurgia feminina não poder ser revertida. Com isso, as mulheres perdem a autonomia que têm sobre seus corpos e acabam submetendo-se às escolhas que podem não ser suas. E isto vai de encontro a todo o movimento feminista dos últimos anos

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 52 p.

_____. Ministério da Saúde. ESPECIAL: Saúde garante mais proteção às mulheres. Nos últimos 25 anos, a parcela feminina da sociedade conquista mais e melhores serviços como as políticas de direitos sexuais e de direitos reprodutivos. 09 de março de 2009.

_______, Ministério da Saúde. Ministério estabelece prazos para investigação do óbito materno nos municípios. 2010..

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 230p.

CARRARA, Sérgio; VIANA, Adriana. Os Direitos Sexuais e Reprodutivos no Brasil a partir da “Constituição Cidadã”. Disponível em: < http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/924_511_direitossexuaisereprodutivosnaconstituicao.pdf> Acesso em: 20 jan. 2021.

FEBRASGO. FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA.. Carta de princípios éticos sobre direitos sexuais e reprodutivos dirigida à prática de ginecologistas e obstetras. 12 de maio de 2005.

GOMES, Renata Raupp. Os “novos” direitos na perspectiva feminino: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (Org). Os “novos” direitos do Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51-74.

IPPF – International Planned Parenthood Federation. Direitos sexuais: uma declaração da IPPF / IPPF – International Planned Parenthood Federation; Edição em Português de BEMFAM. Rio de Janeiro : BEMFAM, 2009. 36 p.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 5, n. 8 jun. 2008 .

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. Feminismo e Política: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

VENTURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. 3.ed. Brasília: UNFPA, 2009.p.19.

PORTO, Dora. Programa mãe curitibana. In: BARBOZA, Hélio Batista; SPINK, Peter (Orgs.). 20 Experiências de Gestão Pública e Cidadania – Ciclo de Premiação 2001. 1 ed. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 2002. p. 03-14.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 120 p.

O ESTUPRO GENERALIZADO DE MULHERES COMO PLANO DE GUERRA NO ÂMBITO INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM TEÓRICA

Data de aceite: 03/07/2023

Jessyka Mendes Dias Simões
Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogada.

RESUMO: A hipótese básica do presente artigo é de que a violência sexual, mais precisamente o estupro, sofrido por mulheres e adolescentes durante os períodos de guerra se deu de forma estratégica, como tática e estratégia de conflito. Os estupros, além de violarem fisicamente, também o fazes psicologicamente, de modo que abala toda a população em que as vítimas estão inseridas. Desta maneira, por meio de pesquisa bibliográfica, documental, de modo descritivo e com uma análise quantitativa, o objetivo deste artigo é realizar uma breve explanação e associação do caso emblemático de violência sexual contra as mulheres ocorrido durante a guerra na antiga República da Iugoslávia, com base na teoria feminista, bem como analisar o modo como este delito foi discutido internacionalmente, no âmbito do Tribunal Penal Internacional. A exposição foi estruturada em três partes. A primeira apresenta o contexto histórico de criação e organização do Tribunal Penal Internacional. A segunda parte descreve os casos de violação sexual durante a guerra da antiga Iugoslávia e regiões. Por fim, a terceira parte trata de relacionar a ocorrência generalizada deste crime com a teoria feminista. Na conclusão, faz-se uma síntese das análises dos casos de estupro em períodos de guerra como uma forma de dominação masculina, objetificação do corpo da mulher e desestruturação da população envolvida.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional. Estupro de mulheres em situações de guerra. Teoria feminista.

GENERALIZED RAPE OF WOMEN AS A WAR PLAN AT THE INTERNATIONAL SCOPE: A THEORETICAL APPROACH

ABSTRACT: The basic hypothesis of this article is that sexual violence, more precisely rape, suffered by women and adolescents during war periods occurred in a strategic way, as a tactic and conflict strategy. Rape, in addition to physically violating, also does it psychologically, so that it affects the entire population in which the victims are inserted. Thus, through bibliographic and documentary research, in a descriptive

manner and with a quantitative analysis, the objective of this article is to carry out a brief explanation and association of the emblematic case of sexual violence against women that occurred during the war in the former Republic of Yugoslavia, based on feminist theory, as well as analyzing how this crime was discussed internationally, within the framework of the International Criminal Court. The exhibition was structured in three parts. The first presents the historical context of the creation and organization of the International Criminal Court. The second part describes the cases of sexual rape during the war in the former Yugoslavia and regions. Finally, the third part tries to relate the widespread occurrence of this crime to feminist theory. In conclusion, there is a synthesis of the analysis of cases of rape in times of war as a form of male domination, objectification of the woman's body and disruption of the population involved.
KEYWORDS: International Criminal Court. Rape of women in war situations. Feminist theory.

1 I INTRODUÇÃO

Com o final da Segunda Guerra Mundial o mundo todo passou a ter um olhar mais atento em relação às ações que ocasionavam violações aos direitos humanos, uma vez que a humanidade havia acabado de passar por um episódio trágico com os acontecimentos do período sucessivo de duas guerras.

Um marco histórico foi a publicação pelas Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos, no ano de 1948, que deixou expresso em seu texto a igualdade entre os povos, independente de cor, sexo, raça ou religião. Paralelamente ao desenvolvimento de estratégias de proteção dos direitos humanos, surgiu a vertente relacionada ao estudo de gênero e violência sexual e isso abriu portas para essas violações ganhassem visibilidade internacional. Assim, a violação sexual do corpo passou a ser objeto de julgamento das decisões dos crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio.

Estas violações ganharam mais notoriedade ainda no pós-guerra, quando veio à tona os inúmeros casos de estupro contra mulheres e adolescentes que ocorriam nos contextos de conflitos armados, levando à várias alterações legislativas internacionais.

Assim, o objeto deste artigo é, por meio de uma análise qualitativa, com abordagem teórica sobre a violência de gênero, bem como, também, histórica, expor como a questão da violência sexual da mulher é tratada durante os períodos de guerra, o porquê disso ocorrer como uma estratégia tática para disseminar o medo e o ódio entre a população e como essa questão passou a ser discutida nos tribunais internacionais.

Neste sentido, o artigo é fruto de pesquisa bibliográfica, documental, com fontes primárias e secundárias, de análise qualitativa e descritivo, sobre os conflitos armados, os estudos feministas, a violência de gênero no contexto de guerra da ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional (TPI). O trabalho, então, dividido em três partes, inicialmente será abordado o contexto histórico de criação e organização do TPI; na segunda parte será feita uma descrição e análise dos casos de violação sexual ocorridos no contexto de guerra

da ex-Iugoslávia e, por fim, relacionar-se-á a ocorrência generalizada dessa prática de estupro com uma tática de guerra, com foco na teoria feminista de gênero.

2 | O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)

O Tribunal Penal Internacional, ou apenas Corte Penal Internacional, surgiu após o período do holocausto, que foi um marco de desrespeito aos direitos humanos fundamentais durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), onde o ser humano foi tratado como algo descartável e sem importância.

Nesse contexto, todos os olhares se voltaram para a internacionalização desses direitos humanos que haviam sido violados, bem como para a inexistência de uma legislação que fosse capaz de impedir, ou pelo menos punir, que tudo o que havia acontecido durante a Segunda Guerra Mundial pudesse ocorrer novamente (MAZZUOLI, 2004). Assim, passou-se a reconstruir conceitos e princípios de cidadania universal e, como leciona Arendt (1973), no direito a ter direitos.

Após esse momento histórico, o Direito Internacional passou a elaborar diversos tratados internacionais com a finalidade de garantir a proteção dos direitos humanos. Assim, criou-se o Tribunal de Nuremberg, firmado no Acordo de Londres em 1945, que foi uma resposta imediata aos efeitos do holocausto.

Também efeito do ocorrido durante a Segunda Grande Guerra, instituiu-se Tribunal Militar Internacional de Tóquio, que tinha competência de julgar os crimes contra a humanidade cometidos pelas autoridades militares e policiais do Japão. E então foram criados outros tribunais internacionais para julgar os crimes de guerra praticados no território da antiga Iugoslávia e de Ruanda (MAZZUOLI, 2004).

Neste contexto de movimentação mundial, com a criação de tribunais internacionais para salvaguardar os direitos e diversos regulamentos neste viés, surge o Tribunal Penal Internacional (TPI), por meio do Estatuto de Roma de 1998, na cidade de Haia, na Holanda, aprovado por 120 estados, entrando em vigor no dia primeiro de julho de 2002. O TPI surgiu, então, com o intuito de ser uma corte mundial com jurisdição criminal permanente, com personalidade jurídica própria, com o objetivo promover a justiça e, com base no princípio da complementariedade, realizar julgamentos dos indivíduos acusados dos crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e, recentemente, crimes de agressão, que foi incluído no rol desde o dia 17 de julho de 2018 (MAZZUOLI, 2004).

Tem-se, portanto, que a existência do TPI contribui para prevenir a ocorrência de crimes que envolvam violações aos direitos humanos, bem como ao direito internacional comunitário, além de intimidar as ameaças contra a segurança e a paz internacionais e conforme a Resolução XXVIII da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1973, adota-se no Tribunal os princípios da cooperação internacional, detenção, extradição e punição dos condenados por crimes contra a humanidade e, com isso, todos os Estados-membros

têm o dever de colaborar com os processos (BRASIL, 2002).

3 | A VIOLÊNCIA SEXUAL NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Durante as Conferências de Haia dos anos de 1899 e 1907 não houve referência expressa aos crimes de origem sexual, definiu-se, apenas, a obrigação de se respeitar a honra e os direitos de família. Da mesma forma, nas Convenções de Genebra, em 1949, a salvaguarda dos direitos das mulheres também era discutida de forma indireta, destacando-se apenas a proteção do pudor, da dignidade pessoal e da honra (FIDALGO, 2007).

Conforme Fidalgo (2007), mesmo a 4ª Convenção, que tinha por objetivo discutir especificamente a proteção das pessoas em tempo de guerra, faz apenas referência expressa à violação da mulher em sentido amplo, mas não discrimina ou arrola os crimes de natureza sexual. De novidade, a Convenção, em seu artigo 27º, dispôs que: “as mulheres serão especialmente protegidas contra qualquer ataque à sua honra, particularmente contra a violação, a prostituição forçada ou qualquer forma de atentado ao seu pudor”.

Já na década de 40, durante os Tribunais de Nuremberg (1945) e Tóquio (1946) não se fez quaisquer referências às essas violações, pois os crimes de natureza sexual não tinham status de crimes internacionais conforme os estatutos destes tribunais. Entretanto, os estatutos, ao tratar da competência dos tribunais, delimitam os crimes contra a paz, crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg em seu artigo 6º e o Estatuto do Tribunal de Tóquio em seu artigo 5º (MAZZUOLI, 2004).

Entretanto, conforme Fidalgo (2004) muito embora a violência sexual não esteja expressamente no rol dos estatutos tipificada como crime de competência dos Tribunais Internacionais, por meio das expressões “ill treatment” ou “other inhuman acts”, em tradução livre “mau tratamento” e “outros atos desumanos”, seria possível requerer a punição dos delitos de abuso e violação sexual, em relação aos crimes de guerra e contra a humanidade, respectivamente.

Assim, somente quase cinquenta anos depois, no final da década de 90, foi que o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidades (ONU) admitiu a violência sexual por meio do estupro como um crime de guerra. (PEREIRA; CAVALCANTI, 2015). Nesta mesma linha, a tipificação repercute nos outros Tribunais, como o da ex-Iugoslávia (1993), que considerou o estupro como um crime contra a humanidade, quanto o Tribunal de Ruanda (1994), que não apenas declarou a prática da violação sexual como um crime contra a humanidade, como também passou a considera-lo um ato de genocídio. (COMPARATO, 2015).

Anos depois, durante a constituição do Estatuto de Roma (1998), que deu origem ao Tribunal Penal Internacional, destaca-se em seu artigo 7º que o delito de estupro, bem como outros atos de violência sexual, foram caracterizados de crimes contra a humanidade, e também, nos termos do artigo seguinte, considerados crimes de guerra (BRASIL, 2002).

Por questão de organização e objetividade, este artigo buscou tratar mais especificamente dos fatos ocorridos na antiga República da Iugoslávia, cujas peculiaridades serão retratadas no próximo subtópico.

3.1 O caso da ex-Iugoslávia

A chamada ex-Iugoslávia antes era conhecida como República Federativa Socialista da Iugoslávia, localizada no sudeste da Europa, constituída por outras seis repúblicas, compreendendo os eslovenos, sérvios, macedônios, mulçumanos, croatas e montenegrinos (BENVENUTO, 2006).

Os conflitos iniciaram-se na localidade por volta dos anos de 1941 e perduraram até o final do século XX. A origem do embate ocorreu devido à invasão da tropa nazista alemã em seus territórios, firmando parceria com os povos crotas, além de anos depois arquitetar a deportação da população da sérvia. Somente após três anos os alemães foram expulsos da Iugoslávia, com o apoio do Reino Unido e da União Soviética, durante uma ação do Marechal Josip Broz Tito. Entretanto, anos depois com a sua morte, os conflitos tornaram a acontecer, ocasionando uma oscilação no país.

Nesse contexto, em 1989, o governo central perdeu o controle da situação e o Estado passou a ser liderado por Slobodam Milosevic, líder sérvio, que iniciou uma perseguição à população albanesa que morava no país (PENACHIONI, 2017). Além disso, por conta da postura do presidente ocorreram diversas manifestações, que resultaram na declaração de independência da Croácia, Eslovênia, Bósnia-Herzegovina e ex-República Iugoslava da Macedônia (BENVENUTO, 2006).

A principal razão do conflito foi o fato de no território servo haver uma grande diversidade étnica-religiosa e, por conta disso, iniciou-se a chamada “limpeza étnica”, que dela surgiram diversas violações contra os direitos humanos (FERNANDES, 2006). Dentre essas violações, destaca-se aquelas sofridas pelas mulheres que, embora não participassem da guerra na linha de frente, sentiam na pele, literalmente, os seus efeitos.

A mais comum, e marcante, violação sofrida pela mulher no contexto de guerra da ex-Iugoslávia foi a sexual, mais precisamente o estupro. Por meio dessa violação, os soldados conseguiam desestabilizar a população, desocupar casas e criar campos específicos para o ato, onde juntavam as mulheres e adolescentes, separadas de suas famílias. Neste sentido, calcula-se que de 20.000 (vinte mil) a 50.000 (cinquenta mil) mulheres e adolescentes tenham sido violentadas sexualmente durante o conflito (SILVA, 2011)

Deste conflito, destaca-se a região da Bósnia, pois no final dos anos 90, mais precisamente de 1992 a 1995, que a guerra na Bósnia-Herzegovina separou os territórios por etnias e realizou uma organização baseada tanto na raça (grupo étnico) quanto na nacionalidade. Assim, a dinâmica da guerra envolvia os três territórios: Croácia, Bósnia e

Sérvia. O conflito foi marcado por forte violação aos civis do país e estima-se que o conflito tenha deixado cerca de 100 mil mortes e mais de dois milhões de refugiados (PERES, 2011).

Neste contexto, durante a dinâmica da guerra, a população bosniaks (de bósnios mulçumanos) sofreu várias foram os excessos, como a destruição de casas, cidades e vilas e a criação dos campos de estupro, concentração e detenção, além do massacre da população em geral. Dentro as violações que ocorreram durante a guerra, destaca-se o evento que ficou conhecido como "Massacre da vila de Srebrenica", onde cerca de 20 (vinte mil) pessoas, incluindo crianças, mulheres e idosos, foram expulsos de suas casas e os 8.373 (oito mil, trezentos e setenta e três) homens e jovens acima de 12 anos foram mortos pelo exército servo. (STIGLMAYER, 1994)

Em relação especificamente aos campos de estupro, locais que os soldados sérvios-bósnios utilizavam para praticarem os abusos coletivos em mulheres, sob a justificativa da realização de uma limpeza étnica, tem-se que eram arquitetados em lugares de grande área que haviam sido desocupados pela guerra, como armazéns, hotéis, escolas ou ginásios. As mulheres, principais vítimas, sofriam nos campos diversas agressões, físicas e psicológicas, além de serem obrigadas a terem relações sexuais com os soldados, vindo, por vezes, a engravidar, sem a possibilidade de realizar aborto posteriormente.

Peres (2011), ao realizar uma pesquisa de campo na Bósnia, relatou que as pessoas entrevistadas, quando comentavam sobre a guerra, o faziam de forma velada em relação aos estupros, muitas vezes sem ao menos dizer o que aconteceu. Utilizavam-se, conforme a pesquisadora, de recusas justificadas, como por exemplo o trecho a seguir:

> "foi uma guerra que contou com campos de detenção e de concentração, torturas, assassinatos, massacres, genocídios, estupros..." (...) "você sabe, tem nos livros, passou na televisão, não há muito que falar"; um sofrimento sem nome e sem rosto anunciava a perda do ente querido do outro, a mulher (genérica) bosniaquinha estuprada, o genocídio. (PERES, 2011, p. 120)

É justamente neste sentido que Das (2007) dispõe sobre a impossibilidade de verbalizar a violência vertical, aquela que vai de encontro à vida e ao próprio ser humano, sendo, assim, indizível. E sem muito esforço consegue-se entender o porquê de os horrores da guerra ser algo indizível, uma vez que nestes campos, além dos estupros em massa, as mulheres e jovens (a partir de 14 anos) vivam em condições precárias de higiene, em constante violação e humilhação, tanto pelos soldados, quanto pelas autoridades policiais, de modo que tudo ocorria de uma forma pública, sem pudor. As mulheres, enxergadas como prostitutas e escravas sexuais eram, por vezes, também eram tidas como objetos de comércio, pois eram vendidas a outros soldados e separadas de seus familiares.

O conflito chegou ao fim no ano de 1995, por meio do Acordo de Dayton, celebrado na França e assinado pelos três países envolvidos no conflito: Croácia, Sérvia e Bósnia, mediados pelos Estados Unidos, União Europeia e Rússia. Atualmente, o país é governado

por três entidades representativas dos três povos (PERES, 2011).

Por conta das inquestionáveis violações, em 25 de maio de 1993 instaurou-se, para julgar os crimes cometidos na região, o Tribunal Penal Internacional instituído para a ex-Iugoslávia, mediante a Resolução nº 827/3, com sede em Haia, aprovada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) (TRINDADE, 2013). Neste contexto, o Tribunal indicou diversas lideranças políticas acusadas de, durante os anos de 1991 a 2001, terem cometido crimes de violação a direitos humanos em toda a região da antiga República, Sérvia, Bósnia e Herzegovina, Kosco e Croácia.

Ao Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, neste contexto, foi atribuída a competência de julgar os crimes de maior impacto no conflito, bem como aqueles reconhecidos internacionalmente. Desta forma, os artigos 2º ao 5º do Estatuto organiza o julgamento em quatro categorias, que são: crimes contra a humanidade; genocídio; violações das leis ou costumes de guerra e infrações graves às convenções de Genebra de 1949. As violações sexuais sofridas pelas mulheres foram equiparadas aos crimes contra a humanidade pelo Estatuto (BENVENUTO, 2006).

Como contribuição deste Tribunal, pode-se citar a evolução no que concerne ao reconhecimento dos delitos cometidos de violência sexual contra a mulher como crimes contra a humanidade e de guerra, entendendo, inclusive, este delito como uma estratégia tática de guerra para atingir o oponente. Desta forma, pode-se dizer que os estupros em massa foram utilizados para desestabilizar os povos oprimidos e instalar o terror na população (TRINDADE, 2016).

Nestes termos, a primeira condenação do crime de estupro utilizado como prática de guerra se deu durante o julgamento Dragoljub Kunarac, durante o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, cuja condenação totalizou em 28 (vinte e oito anos) de prisão. Durante a organização do Tribunal da Bósnia e Herzegovina condenou-se 6 homens por crimes de guerra, Radovan Stanković, Nedjo Samardžić, Gojko Janković, Savo Todorović, Mitar Rasevic, Radmilo Vuković, cujas penas variaram entre 12 (doze) a 28 (vinte e oito) anos de prisão (ICTY, 2017).

4 I O ESTUPRO GENERALIZADO DE MULHERES COMO TÁTICA DE GUERRA

Se buscarmos na história, percebe-se que tradicionalmente a ocorrência de violação em mulheres era vista como uma consequência natural de guerra. As violações ocorriam como uma recompensa aos soldados dos dois lados, face à dedicação durante a guerra (COTIER, 1999). Neste sentido, deve-se ter em mente que isto ocorre em virtude da desigualdade de gênero na sociedade entre homens e mulheres, e que no local onde ocorre a violação sexual instala-se um clima de medo e ódio na população. Utilizar-se do estupro para devastar uma região e instaurar o medo era o modus operandi dos soldados de guerra para delimitar as relações de poder na região afetada (OLIVEIRA; JÚNIOR, 2019).

Deve-se entender que os estupros que ocorriam durante as guerras não eram alheios ao conflito armado, e sim uma importante estratégia militar para desestabilizar o oponente. Com esses abusos e violações em massa, o terror e temor era instalado nas populações civis, que muitas vezes abandonavam suas propriedades para tentar fugir da guerra.

O campo de estupro de Dobj, instalado na escola Dure Pucar, localizado ao norte da Bósnia, cerca de 2 (duas mil) mulheres e crianças, croatas a muçulmanas, foram aprisionadas. Lá as mulheres eram alocadas em um ginásio sem iluminação, que os homens, para identifica-las, utilizam lanternas. Após a escolha, as mulheres eram levadas para outros locais, geralmente para as salas de aula, onde havia colchões no chão e as cadeiras ficavam recuadas até a parede, e eram estupradas. Para que não desfalecessem, os soldados distribuíam pedaços de pães e água (STIGLMAYER, 1994).

Além de causar temor nas famílias, os estupros também dificultavam a sua reconstituição, uma vez que tanto a mulher, quanto o homem, enfrentavam constante vergonha e humilhação por conta do ocorrido. E era desta forma que a estratégia de limpeza étnica funcionava, pois, a população era forçada a abandonar seus lares e dificilmente voltaram (PEREIRA; CAVALCANTI, 2015. p. 8).

Muito embora não haja até os dias atuais uma confirmação de que os estupros tenham ocorrido de forma organizada e intencional como um plano de guerra, para o Conselho de Segurança da ONU (BASSIOUNI, 1994) as práticas eram coordenadas. Confira-se trecho:

> (...) É evidente que algum nível de organização e de ação grupal é preciso para levar a cabo muitos dos estupros e violações sexuais referidos. Um fator, em particular, que leva a essa conclusão é o grande número dos alegados estupros e violações sexuais ocorridos em locais de detenção. Dos 1100 casos reportados, em torno de 600 ocorreram em locais de detenção. Esses casos não parecem ter ocorrido aleatoriamente e indicam uma política de, ao menos, tolerância em relação ao estupro e à violência sexual, ou fracasso deliberado dos comandantes dos campos e das autoridades locais em exercer comando e controlar seu pessoal. Outros fatores a considerar no que diz respeito a um possível padrão incluem: similaridades das práticas em áreas geográfica não-contíguas; ocorrência simultânea de outras violações do direito humanitário; atividade militar simultânea; atividade simultânea de deslocamento de população civil; elementos comuns dos atos de estupro e violação sexual, com a maximização da vergonha e humilhação não somente da vítima, como também de sua comunidade; e o momento que ocorreu os estupros e violações sexuais reportados (BASSIOUNI, 1994).[1]

Frisa-se que no estupro pode-se identificar a alegoria dos papéis de dominante e dominado e sem muito esforço, realizar uma analogia com a estrutura patriarcal da sociedade na época, pois, neste contexto, o homem provava o seu sucesso por meio do seu poder perante à mulher. Dessa forma, durante a guerra, a violência sexual era sinônimo

1 Não há divisão por páginas nesse relatório disponível na internet.

de fracasso para o povo que era submetido (maridos e esposas) e sucesso para aqueles que o praticavam (soldados), pois, por meio desse ato, provavam que tinham poder sobre aquela propriedade (o corpo feminino) (BROWNMILLER, 1993).

Assim, conforme a prática do estupro generalizado, entendeu-se que foi realizado como arma de genocídio e extermínio. As mulheres foram reduzidas aos seus corpos e eles foram vistos apenas como depósito do prazer masculino que, uma vez saciado, não tinha mais utilidade. Esta profunda violação ocasionava nas mulheres um sentimento de impureza e medo de ser excluída do ciclo familiar (PERES, 2011).

Ressalta-se que a simples prática do ato sexual não possui a função de lesionar psicológica ou fisicamente, humilhar ao ameaçar o parceiro, mas quando realizado de forma forçada, contra a vontade da segunda pessoa, é visto como uma prática amedrontadora. Por isso que se diz que o estupro em massa é sim visto como uma prática de guerra, pois se dá por meio do uso da força para torturar, ameaçar, humilhar e desestabilizar o inimigo, podendo ser realizado de forma efetiva como instrumento de genocídio e limpeza étnica (SHIMKO, 2010).

Não é novidade do século XX a interiorização da mulher ao seu corpo, muito pelo contrário, a sexualidade e o direito pelo corpo feminino sempre foi objeto de manifestação pelas feministas. Entretanto, para adentrar a teoria feminista é necessário entender o conceito de gênero que se estabeleceu nos estudos feministas em meados da década de 1960, por meio dos movimentos daquela época.

Gênero pode ser entendido como uma construção social e cultural do feminino e masculino, tendo como instrumentos definidores seus produtos sociais, ou seja, suas próprias características e peculiaridade, e não apenas pela sua identidade biológica. (SCOTT, 1986). Desta forma, com base na teoria de Scott (1986) pode-se dizer que o gênero é constituído de quatro elementos:

> [...] a identidade subjetiva, que deve ter um referencial histórico e não unicamente psicológico; a percepção política e as instituições sociais; a noção de que gênero se baseia no sexo, mas não é determinado por ele; e por último que ele é uma forma de representação de poder (RODRIGUES; ARAÚJO, 2016, p. 4).

Neste sentido, o gênero passa a ser um elemento fruto das relações sociais, constituindo-se nas diferenças que existem entre os sexos, sendo visto, portanto, como a fonte primárias das relações de poder (SCOTT, 1988). Ocorre que naquela época o gênero se limitava ao masculino e feminino, conforme os padrões sociais e não de acordo com as interações. Então, o estupro possuiu grande efeito porque atingiu, e continua atingindo, algo íntimo da mulher da época, a sua identidade, o seu conceito de castidade e maternidade testemunhado por toda a comunidade onde está inserida (VILHENA; ZAMORA, 2004).

Assim, a violência sofrida pelas mulheres em termos sexuais causa, além dos abalos físicos e psicológicos, sentimento de culpa e vergonha, uma vez que teve seu corpo e seu

íntimo violados contra sua vontade. Alinhando-se a isso, a imposições sociais da época sobre o gênero feminino, de, como já dito, castidade, pureza, etc, tornando-a, desde já, uma vítima em potencial (FREUD, 1996).

Nestes termos, tem-se que o estupro em massa, quando realizado no contexto de guerra, possui como objetivo atingir não só a mulher e o seu corpo, mas sim toda a sociedade em que ela está inserida e, desta forma, entende-se a violência sexual contra as mulheres é fruto da dominação masculina, podendo ser reproduzida tanto por homens quanto por mulheres. Assim, a violência pode ser definida como um ato que modifica a diferença para a desigualdade, tendo por objetivo atingir a vítima para oprimi-la, explorá-la e dominá-la (CHAUÍ, 1985).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado ao longo deste artigo, foi preciso que o mundo todo entrasse em conflito para que a comunidade internacional percebesse que constantemente estavam ocorrendo violações aos direitos humanos sem que houvesse a devida punição. Tão recorrente, também, eram as queixas de milhares de mulheres sofre violência sexual, nos territórios que passavam por período de guerra, sem o devido amparo estatal ou judicial.

Ocorre que após o holocausto e com o fim da Segunda Guerra Mundial, criou-se uma jurisprudência penal internacional para julgar os crimes mais graves ocorridos nestes períodos, e, além disso, evitar que o mundo passasse por outra política de genocídio, como foi a da Alemanha nazista.

As mulheres, muito embora não possam participar como soldados em guerra, sofrem na pele, literalmente, os seus efeitos, como no caso da violência sexual dentro dos campos de estupro, semelhante aos campos de concentração, mas com a finalidade de aglomerar, abusar e torturar as mulheres e adolescentes da região que está passando por um momento de guerra.

Assim, estudou-se, com base nos delitos já ocorridos, como os soldados utilizavam-se do estupro em massa (dinâmica de poder e força) como tática de guerra, para desestabilizar, humilhar e torturar mulheres, com o objetivo de realizar genocídio e limpeza étnica na região. Concluiu-se que os atos, embora independentes, ocorriam com um certo padrão e regularidade, conforme relatório da ONU. Desta forma, o corpo da mulher transforma-se no próprio campo de batalha, sem regras, políticas de etiqueta ou quaisquer ordem.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz. **A Guerra da Iugoslávia**: uma década de crise nos balcãs. Belo Horizonte: Usina do Livro, 2002. 344 p.

ALVES, José A. Lindgren. **Os Novos Bálcãs**: uma década de crise nos balcãs. Brasília: Funag, 2013. 16 p. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/1083-novos_balcas.pdf. Acesso em: 03 maio 2020.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. São Paulo - SP : Companhia das Letras, 1979. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.

AZEVEDO, F. **A Violência Sexual Contra a Mulher e o Direito Internacional**. Centro de Estudos em Direito e Negócios. 2014.

BASSIOUNI, M. (coord.) Annex IX. **Rape and sexual assault**. United Nations - Security Council. S/1994/674/Add.2 (Vol. V). 28 Dec. 1994. Final report of the United Nations Commission of Experts established pursuant to security council resolution 780 (1992).

BENVENUTO, Jayme. **O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia**. In: Manoel Severo Neto. (Org.). Direito, Cidadania & Processo. 2006.

BRASIL. Constituição. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional. Acesso em: 05 jul. 2020.

BROWNMILLER, Susan. **Against our will**: men, women and rape. New York, NY, Fawcett Columbine, 1993.

CHINKIN, Christine, Rape and Sexual Abuse of Women in International Law, Symposium: The Yugoslav Crisis: new International Law Issues, European Journal of International Law, 5 (1994), p. 326-341. Disponível em: http://www.ejil.org/pdfs/5/1/1246.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

CHAUÍ, Marilena. **Participando do Debate sobre Mulher e Violência**. In: FRANCHETTO, Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura V. C; HEILBORN, Maria Luiza (orgs.). Perspectivas Antropológicas da Mulher 4. São Paulo, Zahar Editores, 1985.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Tribunais ad hoc**. 2010. Disponível em: https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm. Acesso em: 02 Jul. 2020.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Perguntas e respostas: violência sexual em conflitos armadas**. 2016. Disponível em: https://www.icrc.org/pt/content/violencia-sexual-durante-conflitos-armados-uma-tragedia-invisivel. Acesso em: 2 Jul. 2020.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COTTIER, Michael, **War crimes** – para. 2 (b) (xxii), in: Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Otto Triffterer (ed.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999

DAS, Veena. **Life and words:** violence and the descent into the ordinary. Berkeley, University of California, 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2105126/mod_resource/content/0/DAS%2C%20Veena.%20Life%20and%20Words%20Violence%20and%20the%20Descent%20into%20the%20Ordinary.pdf. Acesso em 5 jun. 2020.

FERNANDES, David Augusto. **Tribunal Penal Internacional**: a concretização de um sonho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIDALGO, Sónia. 2007. **Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal**, Ciências Penais - Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (republicação do texto originariamente publicado in: Boletim da Faculdade de Direito, n. 83, 2007, p. 639-658), s/ n.º: 93 - 108. Disponível em: https://docplayer.com.br/15573786-Os-crimes-sexuais-no-direito-internacional-penal.html. Acesso em: 14 maio 2020.

FREUD, S. Totem e tabu e outros trabalhos (1913-14). In: **Obras Completas de Sigmund Freud**. Edição *standart* brasileira, vol. XIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 37-44.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.** 1949. Disponível em: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380. Acesso em: 20 jul. 2020.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Kunarac, Kovac & Vukovic Case**.Disponível em: https://www.icty.org/x/cases/kunarac/cis/en/cis_kunarac_al_en.pdf. Acesso em: 02 Jul. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional**: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 164, n. 41, p. 157-178, dez. 2004. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1013/R164-10.pdf?sequence=4. Acesso em: 11 jun. 2020.

OLIVEIRA, Bárbara de Abreu; LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **O estupro como estratégia de guerra em conflitos armad**os: a experiência do tribunal penal internacional para a antiga iugoslávia nos casos de violência de gênero. Brazilian Journal Of International Relations, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 97-116, 1 maio 2019. Faculdade de Filosofia e Ciências. http://dx.doi.org/10.36311/2237-7743.2019.v8n1.06.p97. Disponível em: http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/bjir/article/view/8301. Acesso em: 10 jul. 2020.

PENACHIONI, Júlia Battistuzzi. **Violência sexual em conflitos armadas e ataques generalizados ou sistemáticos**: a criminalização pelo Tribunal Penal Internacional. 2017. Disponível em: < https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19843/2/J%C3%BAlia%20Battistuzzi%20Penachi oni.pdf>. Acesso em: 10 Maio 2020.

PEREIRA, Haula Hamad T. F. Pascoal; CAVALCANTI, Sabrinna Correia Medeiros. **A prática do estupro de mulheres como estratégia de guerra sob o viés do direito internacional**. Revista on-line do CESED- Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento. v.16, n. 24/25, Janeiro a Dezembro de 2015. Disponível em: http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/232. Acesso em: 04 Jun. 2020.

PERES, Andréa Carolina Schvartz. **Campos de estupro**: as mulheres e a guerra na bósnia. Cadernos Pagu, [S.L.], n. 37, p. 117-162, dez. 2011. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s0104-83332011000200005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 1 jul. 2020.

RIAL, Carmen. **Guerra de imagens e imagens da guerra**: estupro e sacrifício na guerra do iraque. Revista Estudos Feministas, [S.L.], v. 15, n. 1, p. 131-151, abr. 2007. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s0104-026x2007000100009. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ref/v15n1/a09v15n1.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

RODRIGUES, Hosana S. J; ARAÚJO, Carla Dayane M. H. **Violência contra a mulher**: uma discussão de gênero.2016. II CINTEDI, nov. 2016.

SCOTT, Joan W. Gender: **A useful category of historical analysis**. The American historical review, v. 91, n. 5, p. 1053-1075, 1986. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1864376?seq=1. Acesso em: 3 maio 2020.

SCOTT, Joan Wallach. Gender: **A Useful Category of Historical Analysis**. In: ______. Gender and the Politics of History. Nova Iorque, Columbia University Press, 1988.

SILVA, Gustavo. **Da rosa ao pó:** histórias da Bósnia pós-genocídio. 1 ed. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2011.

SHIMKO, K. L. **International Relations:** Perspectives & Controversies. Boston: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

STIGLMAYER, Alessandra. **The rapes in Bosnia-Herzegovina**. In: Stiglmayer, Alessandra. (ed.) *Mass rape: the war against women in Bosnia-Herzegovina*. Lincoln and London, University of Nebraska, 1994, pp.82-169.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O papel dos tribunais internacionais na evolução do direito internacional contemporâneo**. In Os Tribunais Internacionais Contemporâneos. Brasília: FUNAG, 2013, p. 9-88. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf. Acesso em: 05 Jul. 2020.

VENERACION-RALLONZA, Lourdes. **Women and the 'Post-Sovereign' State**: a feminist analytic of the state in the age of globalization. Gender, Technology And Development, [S.L.], v. 8, n. 3, p. 381-405, nov. 2004. Informa UK Limited. http://dx.doi.org/10.1177/097185240400800304. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/097185240400800304. Acesso em: 20 jun. 2020.

CAPÍTULO 9

OS IMPACTOS CAUSADOS POR CRIMES CIBERNÉTICOS CONTRA HONRA

Data de aceite: 03/07/2023

Sandyele Oliveira da Silva
Bacharelando do 9º Período da Faculdade de Direito de Colinas

Ricardo Ribeiro da Cruz Miranda
Bacharelando do 9º Período da Faculdade de Direito de Colinas

Bernardino Cosobeck da Costa
Professor Orientador da Faculdade de Direito de Colinas

RESUMO: O referido artigo visa realizar uma abordagem ampla, sobre os impactos causados por crimes contra a honra no meio digital, tratando da honra do indivíduo, atualmente protegida pela Constituição Federal. Diante da crescente onda desses crimes cometidos através das redes, surge uma preocupação em conter esses delitos e punir os infratores. Para eliminar esse problema e proteja os usuários que podem acabar sendo vítimas nesses crimes, o projeto de lei inicialmente mostrou uma ideia promissora, mas com o tempo, essas medidas se mostraram ineficazes no combate a esses crimes. Este trabalho é relevante pois os indivíduos precisam ser informados sobre os graves riscos e deixarem de ser vulneráveis todos os dias por causa de seus modos imprudentes de exposição na Internet e como devem agir caso terceiros os exponham inadvertidamente na rede virtual.

PALAVRAS-CHAVE: crimes contra a honra, crime virtual

THE IMPACTS CAUSED BY CYBERNETIC CRIMES AGAINST HONOR

ABSTRACT: This article aims to carry out a broad approach, on the impacts caused by crimes against honor in the digital environment, dealing with the honor of the individual, currently protected by the Federal Constitution. Faced with the growing wave of these crimes committed through networks, there is a concern to contain these crimes and punish offenders. To eliminate this problem and protect users who may end up being victims in these crimes, the bill initially showed a promising idea, but over time, these measures proved to be ineffective in combating these crimes. This work is relevant because individuals need to be informed about the serious risks and stop being vulnerable every day because of their reckless ways of exposure on the Internet

and how they should act if third parties inadvertently expose them on the virtual network.
KEYVWORDS: crimes against honor, virtual crime.

INTRODUÇÃO

A tecnologia está se desenvolvendo rapidamente nos dias de hoje e sua principal ferramenta é a Internet, que facilita o dia a dia dos indivíduos como pesquisar, trabalhar, fazer compras de forma flexível On-line além de estar conectado as redes sociais, com isso os números de usuários só crescem diariamente.

Não há dúvida de que a Internet trouxe grandes mudanças para a sociedade, possibilitando a comunicação global em segundos, por meio de chamadas de vídeo e mensagens instantâneas. No entanto, tais facilidades levam ao uso descontrolado da rede e abrem portas para um aumento significativo do cibercrime. Atualmente, o crescimento exponencial de ataques reputacionais e crimes na Internet tem chamado a atenção das autoridades e alertando para os perigos e problemas que cria.

Nesse contexto, falar de honra requer uma conceituação tanto de honra objetiva quanto subjetiva, o que leva a uma leitura pelo famoso doutrinador Fernando Capez, vejamos:

> "A honra objetiva se descreve sob à opinião de terceiros aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém. O indivíduo tem algo que permeia na sociedade, ou seja, é aquela que se refere a boa índole do sujeito no meio social.
>
> Já a honra subjetiva se refere à opinião do sujeito a respeito de si mesmo, ou seja, de seus atributos físicos, intelectuais e morais, em suma, diz com sua autoestima. Não importando a opinião de terceiros. " (CAPEZ, 2019, p. 323)[1].

Além disso, com a facilidade dos crimes de calúnia e difamação, a disseminação de conteúdo é instantânea, e o crescimento dos chamados crimes de reputação online tem sido confundido pela falta de meios eficazes. Supressão das normas legais, que leva ao aumento do número dos chamados cancelamentos virtuais. Ele pode ser estendido até mesmo para crimes contra a honra física e intelectual de uma pessoa por meio de redes sociais.

> Com um mundo cada vez mais conectado, os crimes digitais são comuns na sociedade atual. Uma falsa sensação de anonimato tem levado centenas de internautas a postar todo tipo de conteúdo ofensivo para milhares de pessoas, famosas ou não. Todos os afetados podem ir a tribunal para garantir o seu direito de reparação. (CRIMES DIGITAIS, 2018).[2]

Assim, de forma a analisar como são cometidos os crimes virtuais, a incerteza da

1 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. v. 2, p. 323.
2 NOÇÕES iniciais sobre o direitos da personalidade na internet 2014. Disponível em: < https://.jusbrasil.com.br/artigos/nocoes-iniciais-sobre-direitos-de-personalidade/> Acesso em 27/04/2023 às 16:29.

criminalidade dos crimes cibernéticos e o seu impacto na sociedade, pois as consequências abrangem todo o contexto social e intelectual de um grupo de pessoas ou apenas um indivíduo, pelo que se torna um crime quando a liberdade de expressão é utilizada para ferir a honra alheia.

1 | DEFINIÇÃO DE HONRA

Honra significa decência, dignidade e boa reputação. Diante disso, sua proteção constitucional leva em consideração a reputação, a conduta pessoal pautada na ética e na honestidade. A honra está associada à reputação, a imagem que os outros têm de você, é o externo, o que a sociedade pensa de um indivíduo. Diante disso, pode-se dizer que existe uma honra objetiva que está associada a ver uma pessoa humana diante de outras pessoas. É sobre sua reputação. Enquanto a honra subjetiva, que está relacionada à visão de uma pessoa em relação a si mesma, está ligada à auto-estima do indivíduo, percebida como geral entre todas as pessoas, aproximando-se assim da generalidade de certa forma, não tendo, portanto, características próprias.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, define que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o que assegura o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito à honra também está consagrado no artigo 11 do Pacto de São José da Costa Rica, vigente no Brasil, que estabelece que "todo homem tem direito ao respeito à sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

Diante disso, no ordenamento jurídico brasileiro há uma tipificação dos crimes contra a honra, quais sejam: difamação, calúnia e ofensas corporais.

Deste modo, a honra é vista como algo de extrema importância dentro de um sistema jurídico complexo, pois é sempre um tema atual, que sofre diversas mutações com o desenvolvimento da sociedade e é foco de discussões que perduram ao longo do tempo.

2 | DOS CRIMES CONTRA A HONRA EM ESPÉCIE

Diante de um sistema jurídico complexo, os crimes de honra muitas vezes são confundidos entre si devido ao desconhecimento coletivo de cada tipo de crime, mas o Código Penal brasileiro prevê especificamente cada crime de honra. Consiste em difamação e injúria nos termos do artigo 138 e 140 do Código Penal brasileiro. Como qualquer outro crime, cada um tem suas características próprias que podem resultar em multas e até prisão.

A calúnia fora adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro ainda na época do Código Criminal do Império no ano de 1830, desde então o conceito de calunia perdura o mesmo até os dias atuais que estabelece que imputar falsamente fato definido como crime,

3 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

a luz do art. 138 do vigente Código Penal.

> Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
>
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
>
> § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.
>
> § 2º - É punível a calúnia contra os mortos.[4]

Nesse tipo de crime, a honra objetiva é protegida pela aplicação de uma compreensão do que a outra pessoa pensa, sobre as alegações mentais, físicas e outras pessoais feitas sobre a pessoa. Para caracterizar uma conspiração, é necessário que o criminoso seja responsável perante um terceiro por um crime que ele mesmo não cometeu ou não ocorreu. Essa ação pode ser feita por escrito, oralmente ou mesmo por meio da mímica.

O uso das mídias sociais e a polarização da paródia profunda, que envolve o uso de imagens ou vozes humanas baseadas em técnicas de inteligência artificial que podem combinar rostos e falas com qualquer vídeo existente, torna o criminoso um terceiro suspeito. um crime onde ele é cenário de algum seriado ou filme de modo que o acusado/vítima seja suspeito de um crime do qual ele nem fez parte.

> Ao invés de depender de edição manual como antigamente, o usuário, através da ferramenta (que recebeu o nome de Deepfake), precisa apenas de uma fonte para reconhecer o modelo do rosto da "vítima", mapear a estrutura da cabeça destino e fazer a sobreposição. O software consegue ajustar a movimentação do vídeo original ao novo rosto e isso inclui expressões faciais e movimentos labiais. (MACHADO, 2022)[5]

Portanto, vale ressaltar que a difamação é um crime geral que pode ser cometido por qualquer pessoa, no caso do contribuinte, só pode ser considerada culpa do marido/esposa, pois só ele pode cometer o crime. agir e ser punido.

O crime de peculato é punido com pena de prisão de seis meses a dois anos e multa. Assim, neste tipo de crime, o legislador pune não apenas o acusador do fato do crime, mas também o seu divulgador e revelador, desde que o revelador aja diretamente com dolo, isto é, se tiver conhecimento de que a acusação é falsa e continua a espalhar a informação. outras pessoas

2.1 Difamação

No direito romano, a difamação era considerada uma extensão do conceito de insulto, mas com o desenvolvimento da sociedade e o surgimento do Código Napoleônico

4 CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940.

5 MACHADO, Amanda. O que é deepfake e por que você deveria se preocupar. TECNOBLOG. 2022. Disponível em: < https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-deep-fake-e-porque-voce-deveria-se-preocupar-com-isso/> Acesso em 28/04/2023 às 08h22min

em 1819, a difamação era considerada uma acusação de fatos difamatórios que afetavam diretamente a honra objetiva. Individual. No direito brasileiro, a difamação decorre de inovações em seção especial do código que ingressa no âmbito dos crimes contra a honra com o objetivo de proteger a reputação objetiva das pessoas. Para as circunstâncias em que o artigo 139 do Código Penal Brasileiro contém previsão legal para determinar se a difamação é uma representação falsa de fato que prejudica a reputação de outra pessoa, veja:

> Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua
>
> Reputação:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.[6]

O objetivo primordial do legislador ao regulamentar a difamação é manter a paz social, evitar a divulgação de fatos desabonadores, mesmo que sejam verdades de terceiros, evitando assim a agitação social e maiores prejuízos. As ofensas incluem a atribuição de fato ofensivo à reputação de uma pessoa lesada, que pode atingir o caráter físico, intelectual e moral de terceiros. Passa, assim, a corroer o respeito pelo indivíduo no meio social em que vive, corroendo diretamente a honra objetiva.

Nesta área, é sabido que há duas alturas em que se determina uma difamação, a primeira é para atribuir um facto injurioso e a segunda é que o facto seja apresentado a um terceiro, caracterizando-se assim a difamação. Acresce que, apesar do crime de difamação, deve ficar claro que o facto apontado como facto não é tido em conta, pois qualifica como crime, o que o distingue da calúnia, uma vez que a verdade deve ser falsa, como regra geral regra não se admitem exceções à verdade, pois mesmo que a autenticidade da verdade seja provada pelo ator, a acusação criminal não está encerrada. Quanto ao sujeito da difamação, o sujeito ativo (o ofensor) pode ser qualquer pessoa, sendo necessário mencionar os propagandistas e reveladores que cometem o crime. No sujeito passivo também estão as pessoas comuns em geral, assim como os menores, doentes mentais e pessoas jurídicas.

> [...] menores de dezoito anos e doentes mentais podem ser sujeitos passivos do crime de difamação, desde que o menor ou o doente mental tenha capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Assim, deve-se analisar se o menor e o doente mental têm condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um crime. Mas, não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. (SIQUEIRA, 2007)[7]

No que se refere às pessoas jurídicas, o STF emitiu a Súmula 227, afirmando que

6 CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940.

7 SIQUEIRA, Julio P F H. Considerações sobre os crimes contra a honra da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1299, 21 jan. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9413/consideracoes-sobre-os-crimes-contra-a--honra-da-pessoa- humana> Acesso em 28/04/2023.

as pessoas jurídicas podem, sim, sofrer dano moral, em face do qual é reconhecida a injúria. Enquanto crime caracterizado pela imputação de um facto que atenta contra a boa vontade do indivíduo, a difamação é hoje um dos maiores crimes contra a honra, pois com a fácil difusão de conteúdos nas redes sociais e uma falsa sensação de falta de punição, muitos indivíduos aproveitam-se de estar atrás das telas e longe das vítimas para espalhar conteúdos difamatórios.

Por difamação, a pena é de reclusão de três meses a um ano e multa.

2.2 Injuria

No direito romano e nas Doze Tábuas, a lesão é caracterizada por um ataque deliberado e injusto à personalidade de outrem. Originalmente, foi incluído na lei de doze imagens como lesão corporal à personalidade. Com o tempo, a noção de lesão começou a envolver o corpo, o status legal e a honra da vítima. Não foi até 1810, com o advento do Código Napoleônico, que tal insulto foi diferenciado e personalizado de outros crimes de honra. Em 1870, por meio do Código Alemão, o conceito de lesão foi aceito superficialmente como um desafio aos valores morais, às qualidades e à capacidade de determinar as características do sujeito como pessoa. Doutrinariamente, a injúria admite três modalidades, são elas: injúria simples, injúria real e injúria preconceituosa. Todas previstas no art. 140, caput, § 2º e 3º do Código Penal respectivamente.

> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
>
> § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:
>
> I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
>
> II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.
>
> § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.
>
> § 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
>
> Pena - reclusão de um a três anos e multa.[8]

A ferida simples caracteriza-se por ser expressa por meio de palavras e gestos que ofendem a dignidade do sujeito, neste tipo de crime, os interesses legítimos são tutelados pela honra subjetiva do indivíduo, é assim que essa pessoa percebe.

A ferida é, na verdade, criada como uma forma hábil desse tipo de crime, em que o sujeito visa ativamente humilhar a vítima por meio de atos de violência ou por meio de

8 CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940.

palavras e gestos de fato. Nessa forma de lesão, o corpo e a dignidade da vítima são violados.

Interferências adversas relacionadas à raça, cor, etnia, religião, procedência ou condição física do idoso ou deficiente, aqui, o instigador deve visar ofender a reputação, participação da vítima, valendo-se desses fatores para cometer um crime.

O sujeito ativo, o praticante, pode ser qualquer pessoa física, e o sujeito passivo é qualquer sujeito comum, o que não se aplica às pessoas jurídicas, pois não possuem honra. Para os menores, os doentes mentais são prejudicados apenas se tiverem capacidade cognitiva para cometer crimes. Para as ofensas, as punições incluem reclusão simples de um a seis meses ou multa e reclusão de um a três anos e multa.

A ofensa tem sido gravemente cometida através das redes sociais, os usuários têm confundido liberdade de expressão com atos criminosos.

> “Percebemos um aumento exponencial desse tipo de crime na internet nos últimos dez anos, principalmente nas redes sociais. O grande problema é que as pessoas confundem liberdade de expressão com ofensas, e não se dão conta que podem estar cometendo um crime.” [...] “A liberdade se torna uma ofensa quando o debate sai do campo da ideia e passa para o lado pessoal. Ou seja, uma pessoa se torna um agressor, achando que está protegido por estar na rede social e distante da vítima, e começa a proferir ofensas a ela, esquecendo que o que está publicado neste ambiente também é legislado pelo direito penal e pela legislação civil”. (REDAÇÃO, NOSSO DIREITO EM AÇÃO, 2021)[9]

As vítimas, agora com uma cultura de cancelamento, ofensas injuriosas são vistas principalmente no rosto de artistas, conhecidos como influenciadores digitais.

3 | ORIGEM DA INTERNET

O desenvolvimento da tecnologia e principalmente da internet é uma das velocidades mais rápidas que o planeta já viu. Historicamente, a Internet apareceu para atender às necessidades militares até se tornar o que temos hoje.

> Há 40 anos, enquanto os principais meios de comunicação eram o telégrafo e o telefone, os computadores eram grandes máquinas que realizavam cálculos e armazenavam informações. De forma geral, seu uso tinha fins exclusivamente científicos e governamentais. Então, como foi que chegamos à chamada Era da Informação, na qual a tecnologia invade todos os aspectos de nossas vidas? Se quisermos encontrar uma resposta para essa pergunta, precisamos retroceder na história da Internet. Em 1957, os Estados Unidos e a União Soviética protagonizavam a Guerra Fria, um embate em termos ideológicos, econômicos, políticos, militares e, é claro, tecnológicos. Devido ao conflito, os Estados Unidos estavam interessados em encontrar uma maneira de proteger suas informações e comunicações no caso de um ataque nuclear soviético. As inovações que tentaram resolver esse problema levaram ao que conhecemos

9 REDAÇÃO. Nosso Direito, 2021. Disponível em: < https://www.nossodireito.com.br/2021/09/08/crime-contra-honra-na-internet-cresce-e- especialista-alerta-sobre-diferenca-entre-ofensa-e-liberdade-de-expressao/> Acesso em: 15/04/2023 às 15h22min.

> hoje como Internet. (ROCKCONTENT, 2020)[10].

Portanto, verificou-se a urgência das operações militares, pois é o berço da Internet, que tem como alicerce básico a defesa governamental, desenvolve-se rapidamente, e oferece grandes inovações para as necessidades e campos da época em um curto espaço de tempo, mantendo sempre com as necessidades da sociedade contemporânea e seu desenvolvimento.

Aos trancos e barrancos, começaram os primórdios da comunicação intersite, então por volta da década de 1970, o que tinha origem militar passou a permear o universo científico, ligando as universidades e se tornando também uma ferramenta acadêmica, gerando conteúdos de valor indescritível na época.

> Em 1970, a ARPANET estava consolidada com centenas de computadores conectados. S. Crocker e sua equipe do Network Working Group estabeleceram o protocolo de controle chamado Network Control Protocol (NCP), que permitia o desenvolvimento de aplicativos a partir dos computadores conectados à ARPANET. Foi assim que, em 1972, Ray Tomlinson criou o software básico de e-mail, que se tornou o aplicativo mais importante da década e mudou a natureza da comunicação e colaboração entre as pessoas. Seu impacto foi tão grande que a ARPANET se afastou gradativamente do uso militar, aproximando-se do uso científico na disseminação de informações. Por esse motivo, em 1974, mais de 50 universidades americanas estavam conectadas à ARPANET. Apesar de seu sucesso, o protocolo NCP não era suficiente para se comunicar com redes ou máquinas fora da ARPANET, como redes de pacotes por rádio ou satélite. Por isso, em 1974 Robert Kahn e Vinton Cerf desenvolveram uma nova versão do protocolo que respondia a um ambiente de rede de arquitetura aberta. Esse novo protocolo foi chamado de TCP/IP. O protocolo TCP/IP, mais do que agir como um controlador, facilitava a comunicação entre redes sem a necessidade de que estas fizessem alterações em sua interface. Além disso, garantia que nenhum pacote de informações fosse perdido e verificava se eles chegavam na ordem em que haviam sido enviados. No início dos anos 80, mais precisamente em 1983, a ARPANET mudou o protocolo NCP para o novo TCP/IP. O IP havia se tornado o serviço portador da Infraestrutura de Informação Global. Em 1985, a Internet já estava consolidada como a principal rede de comunicação com alcance global. (ROCKCONTENT, 2020).[11]

A partir daí, iniciou-se uma nova era na comunicação global, começando com um caráter militar, logo se tornando uma ciência, dando passos para fechar a comunicação, a partir daí começou a comunicação global, onde a tecnologia foi longe demais, de onde surgiram ferramentas como Word, a Web e a chamada Rede de Acesso Universal. O aumento crescente de usuários, a criação de diversas mídias sociais como facebook, instagram, twitter, tiktok, ferramentas para trabalhar com e-mail, aulas, buscadores com Google incluem uma série de sites de conteúdo de todos os tipos, ferramentas para assistir

---

10 REDAÇÃO, Rock Content, 27/01/2020 Disponível em: < https://rockcontent.com/br/blog/historia-da-internet/> Acesso em: 15/04/2023 às 16h23min.

11 REDAÇÃO, Rock Content, 27/01/2020 Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/historia-da-internet/> Acesso em: 28/04/2023 às 16h55min.

vídeos, ouvir ouvir música, ler livros, se informar ouvindo podcasts e até mesmo fazer videochamadas, pela net, ficar conectado com alguém mesmo que esteja a milhares de quilômetros de distância; existem inúmeras ramificações que se expandem e atualizam em segundos.

Assim começou o movimento de uso das redes que vemos hoje, marcado por conveniências na realização de atividades cotidianas, trabalhos feitos remotamente, porém, abriu portas para missões antes inexistentes, crimes nunca vistos desde então a expansão e disseminação da Internet ocorreu imediatamente .

4 I REGULAMENTAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

A população brasileira busca se atualizar perante a internet, e a legislação vai se adaptando conforme as necessidades .Portanto fundou – se o Marco Civil da internet no Brasil , com o objetivo de estabelecer normas e diretrizes ,surgiu a regulamentação da internet, com intuito de otimizar às necessidades legislativas inerentes ao uso da rede de internet de forma solida, para abranger possíveis lides.

A vista de tantas atualizações e usuários a regulamentação da internet era algo imperativo, visto que os cidadãos e empresas, são usuárias da mesma e são detentoras de direitos e deveres, assim se aplicou garantias constitucionais aos usuários, bem como buscou-se inibir ilícitos penais.

Em abril de 2014 entrou em vigência a Lei nº 12.965, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres inerentes ao uso da Internet no Brasil, vejamos:

> Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:
>
> I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
>
> II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
>
> III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração;
>
> V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
>
> VI - a finalidade social da rede.[12]

Entre muitas outras leis que visam regulamentar condutas civis e de cunho criminal como a Lei 12.737, de novembro de 2012 que trata sobre a tipificação criminal de delitos informáticos como invadir computadores, roubar senhas, violar dados de usuários e divulgar informações privadas como fotos, mensagens particulares.

E a Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018 a chamada Lei de proteção de dados que trata sobre: “A lei visa proteger a privacidade dos usuários e estabelece que empresas, órgãos do governo federal, estados e municípios só podem armazenar e tratar dados

12 LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014.

pessoais se o cidadão permitir.” (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2022)[13]

Atualmente são muitas as leis que regulamentam o uso da internet, tipificam condutas como criminais, visando proteger os usuários tanto pessoas físicas como jurídicas.

5 I CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET E SEUS IMPACTOS

A internet hoje e a principal ferramenta de comunicação, existem diversos aplicativos e páginas disponíveis para a realização de tarefas, podem ser usados para fazer pesquisa, estudos, trabalho, informação, notícias e para se comunicar.

As redes sociais é considerada por muitos como a mais inovadora , pois lá as pessoas podem compartilhar fotos, realizar chamadas de vídeo , fazer gravações .

Com o surgimento das plataformas sugiram também os chamados influenciadores digitais, que são aqueles profissionais que trabalham expondo sua imagem e produtos, com estes profissionais surgiu a onda do cancelamento na internet.

> Hoje, em redes sociais como o Twitter, vemos diversos famosos ou influenciadores digitais serem “cancelados”, ou seja, sendo excluídos da sociedade para determinada pessoa ou grupo, deixando de existir na vida delas e não permitindo que elas sigam suas vidas sem a devida punição. Algumas vezes é temporário, outras vezes a pessoa cancelada precisa mudar, pelo menos exteriormente, para ser aceita novamente. (ROSA, 2021)[14]

O indivíduo por muitas vezes acaba exagerando e faz comentários que ultrapassam a liberdade de expressão e adentra no âmbito criminal , comento firmes como a injúria e a difamação .

A difamação, pois a partir de uma publicação realizada pelo sujeito passivo, o sujeito ativo toma a atitude de fazer várias postagens difamatórias ofendendo a imagem da vítima , fazendo com que outras pessoas possam ter acesso às imagens e também fazer compartilhamento.

A injúria, pois com uma simples publicação de foto do sujeito passivo o sujeito ativo começa a realizar comentários constrangedores que podem ofender a cor de pele, peso, altura, o cabelo da vítima, fazendo com que a as redes sociais vire uma ferramenta em que as pessoas façam condenações .

A vítima em diversas ocasiões toma a decisão de não fazer a denúncia ,pois em boa parte das causas o agressor reside em outra cidade . Entretanto o agressor acaba por repetir tais ações por diversas vezes , afetando várias vítimas.

Com a grande amplitude dos crimes cibernéticos ou virtuais, acaba sendo difícil a caracterização dos delitos, conforme a nossa constituição de 1988 a honra é um direito

---

13 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais completa quatro anos com avanços e desafios. Publicado em 19/08/2022. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/noticias/904176-lei-geral-de-protecao-de--dados-pessoais-completa- quatro-anos-com-avancos-e- desafios/#:~:text=A%20lei%20visa%20proteger%20a,e%20como%20vai%20us%C3%A1%2Dlos.> Acesso em: 15/04/2023 às 18h03min.

14 ROSA, Natalie. O que é a cultura do cancelamento? Publicado em: 05/02/2021. Disponível em:<https://canaltech.com.br/comportamento/o-que-e-cultura-do-cancelamento-164153/> Acesso em: 16/04/2023 às 14h08min.

personalíssimo, na integridade moral, como um direito individual previsto no artigo 5°, X, CRFB/88, é inviolável.

Apesar da proteção que existe na Carta Magna, muitos agressores ainda saem impunes pois a vítima tem receio de fazer a denúncia e passar a ser uma pessoa " cancelada(o)".

Diante disto o convívio pessoal da sociedade vem piorando ,se tornando cada vez mais tóxica, tem-se vivenciado cada vez mais a sensação de impunidade nas redes, se tem vivido a era do "mimimi", onde só vale a sua opinião pessoal, e todos os tópicos no qual o indivíduo acha que a sua opinião é mais importante que a do outro é motivo para discursão, para se cometer o crime de injuria ou difamação, a era moderna tem sido dirigida por achismos publicado nas redes sociais.

Ao que tange aos impactos relacionados ao crime de calunia é necessário que se fale sobre o Fake News, pois as notícias tem se espalhado de forma muito rápida , e a vítima não tem o tempo para fazer sua defesa .

> Centenas de pessoas acompanharam, na manhã desta terça-feira (6), o enterro de Fabiane Maria de Jesus, que foi espancada e morta no último sábado (3) em Guarujá, no litoral de São Paulo, ao ser confundida com uma suposta sequestradora de crianças que praticava rituais de magia negra.
>
> Internautas revoltados com página
>
> O administrador da página do Facebook responsável por postar o retrato falado de uma mulher suspeita de sequestrar crianças no litoral de São Paulo.
>
> Em alguns comentários, os usuários condenaram a publicação do retrato falado, mesmo sabendo que se tratava apenas de um boato. (RIBEIRO, 2014)[15]

No caso acima citado houve uma publicação de um retrato falado de uma mulher que supostamente fazia sequestro de crianças , entretanto as pessoas confundiram a vítima Fabiane com a suposta sequestradora e a lincharam no meio da rua, o que aconteceu nesse caso fora um ultraje social, onde a coletividade aceitou a calunia postada nas redes sociais na qual a vítima fora exposta, não deixando se quer que a mesma se defendesse e resultou em uma tragédia.

Diante disto é notório os diversos impactos socais negativos ocasionados pelos crimes contra a honra em ambiente virtual, pois a punição dos criminosos ainda não está acontecendo de forma eficaz fazendo com que esse tipo de crime cresça ainda mais em âmbito virtual.

15 RIBEIRO, Anna Gabriela. G1, Mulher morta após boato em rede social é enterrada em Guarujá, SP. Publicado em: 06/05/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-morta-apos-boato-em-rede--social-e- enterrada-nao-vou-aguentar.html> Acesso em: 11/04/2023 às 12h25min.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo busca mostrar os impactos sociais dos crimes contra a honra realizados perante o meio virtual. Narrando inicialmente sobre o que vem a ser a honra objetiva, a honra subjetiva do indivíduo, bem como a sua proteção legal trazida na Constituição Federal Brasileira.

Em decorrência disto fora explanado sobre os crimes com a honra em espécie: calúnia, difamação e injuria. Conceituando sobre sua tipificação no Código Penal Brasileiro, sujeitos ativos e passivos e a pena de cada tipo penal, assim como buscou-se narrar sobre as formas com que estes crimes podem vir a conhecer em meios virtuais, pelo o uso de aplicativos de edição e postagens em plataformas socias.

Narrou-se ainda sobre o surgimento da internet e a sua regulamentação, detalhando que existe a previsão legal, mas que ainda precisa existe aspectos que precisam ser melhorados para que os usuários tenham mais proteções .

Diante disto fora falado sobre os impactos sociais catastróficos que a falta de punição tem ocasionado na sociedade, temos vistos pessoas sendo linchadas por terem sido confundidas com criminosos após uma publicação em uma página na internet, tem-se visto cada vez mais a busca da perfeição para que não seja fruto de cancelamento. Uma sociedade doente pela falta de punição do ataques criminosos que vem sofrendo em suas redes sociais.

REFERÊNCIAS

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. v. 2, p. 323.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais completa quatro anos com avanços e desafios. Publicado em 19/08/2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/904176-lei-geral-de-protecao-de-dados- pessoais-completa-quatro-anos-com-avancos-e-desafios/#:~:text=A%20lei%20visa%20proteger%20a,e%20como%20vai%20us% C3%A1%2Dlos.> Acesso em: 13/04/2023 às 18h33min.

CRIMES na internet. G7jurídico. 2018. Disponível em: <https://blog.g7juridico.com.br/crimes-na-internet/> Acesso em 12/04/2023 às 16:32.

MACHADO, Amanda. O que é deepfake e por que você deveria se preocupar. TECNOBLOG. 2022. Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-deep-fake-e-porque-voce-deveria-se-preocupar-com-isso/> Acesso em 13/04/2023 às 15h45min.

REDAÇÃO. Nosso Direito, 2021. Disponível em: <https://www.nossodireito.com.br/2021/09/08/crime-contra-honra-na-internet- cresce-e-especialista-alerta-sobre-diferenca-entre-ofensa-e-liberdade-de-expressao/> Acesso em: 15/04/2023 às 16h36min.

REDAÇÃO, Rock Content, 27/01/2020 Disponível em: < https://rockcontent.com/br/blog/historia-da-internet/> Acesso em: 14/04/2023 às 16h55min.

RIBEIRO, Anna Gabriela. G1, Mulher morta após boato em rede social é enterrada em Guarujá, SP. Publicado em: 06/05/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-morta-apos-boato- em-rede-social-e-enterrada-nao-vou-aguentar.html> Acesso em: 16/04/2023 às 14h52min.

ROSA, Natalie. O que é a cultura do cancelamento? Publicado em: 05/02/2021. Disponível em: <https://canaltech.com.br/comportamento/o-que-e-cultura-do-cancelamento- 164153/> Acesso em: 16/04/2023 às 14h08min.

SIQUEIRA, Julio P F H. Considerações sobre os crimes contra a honra da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1299, 21 jan. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9413/consideracoes-sobre-os-crimes-contra-a-honra- da-pessoa-humana> Acesso em 15/04/2023 ás 10h32min.

CAPÍTULO 10

PÁTRIA MÃE: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS APÁTRIDAS EM TERRITÓRIO NACIONAL

Data de aceite: 03/07/2023

Yasmim Venancio Vieira
http://lattes.cnpq.br/4737800472319922

Rosimeire Cristina Andreotti
http://lattes.cnpq.br/4272235741194883

RESUMO: O estudo versa sobre a problemática dos apátridas, os quais são indivíduos que enfrentam diversos desafios ao longo da vida, uma vez que a falta de nacionalidade gera inúmeras privações e muitos prejuízos para sua existência. Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é fazer uma análise sobre como a Lei de Migração impactou os direitos dos Apátridas em território nacional, e também como o vínculo jurídico estatal com algum país pode garantir e efetivar a proteção dos direitos fundamentais. À vista disso, o estudo realizou-se por meio de uma pesquisa básica, com abordagem qualitativa, a fim de relatar o assunto desenvolvido com mais proximidade. Além disso, para substanciar o estudo com argumentos precisos e concretos, foi utilizado o procedimento bibliográfico, com referências de autores que abordam e discutem sobre o assunto com a legítima propriedade. Assim, verificou-se que o Brasil, principalmente, pela Lei de Migração tem consolidado o direito dos sem pátria em solo nacional, garantindo-lhe todo amparo e proteção que são necessários para uma vida digna e sem privações, tornando-se um exemplo para os demais países.

PALAVRAS – CHAVE: Apátridas. Direitos Humanos. Direito Internacional. Nacionalidade.

MOTHERLAND: AN ANALYSIS OF THE EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS AND THE PROTECTION OF STATELESS PEOPLE IN THE NATIONAL TERRITORY.

ABSTRACT: The study deals with the problem of stateless persons, who are individuals who face different challenges throughout their lives, since the lack of nationality generates numerous deprivations and many damages to their existence. In this sense, the objective of the research is to analyze how the Migration Law impacted the rights of Stateless Persons in the national territory, and also how the legal state bond with a country can guarantee and enforce the protection of fundamental rights. In view of this, the study was carried out through a basic research, with a qualitative approach,

in order to report the subject developed more closely. In addition, to substantiate the study with precise and concrete arguments, the bibliographic procedure was used, with references from authors who approach and discuss the subject with legitimate ownership. Thus, it was found that Brazil, mainly through the Migration Law, has consolidated the right of the homeless on national soil, guaranteeing them all the support and protection that are necessary for a dignified life without deprivation, becoming an example for the other countries.
KEYWORDS: Stateless people. Human rights. International right. Nationality.

1 I INTRODUÇÃO

O fenômeno da apatridia tem ganhado destaque nos últimos anos, principalmente no Brasil com a publicação da Lei nº 13.445/17, denominada Lei de Migração, que trouxe em seu bojo diversos avanços quanto à proteção e o acolhimento aos Apátridas. No entanto, esse fato ainda tem sido pouco apreciado pelos canais de comunicação e mídias em geral, motivo pelo qual, muitas pessoas ainda desconhecem o termo "Apátrida" e suas implicações.

Ademais, percebe-se que mesmo existindo respaldo jurídico para os Apátridas, tanto no ordenamento jurídico Nacional, quanto no Internacional, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Estatuto dos Apátridas (1954), esse grupo específico ainda enfrenta diversas dificuldades quanto à garantia da nacionalidade.

Assim, o tema de pesquisa proposto foi Pátria Mãe: uma análise da evolução dos direitos humanos e a proteção dos apátridas em território nacional. Por conseguinte, no âmbito dessa abordagem, buscou-se responder o seguinte ponto: De que forma a Lei de Migração contribuiu para a proteção do apátrida em território brasileiro?

Nesse sentido, apresentou-se como objetivo maior deste estudo analisar como a Lei de Migração impactou os direitos dos que estão em situação de apatridia em território nacional.

Desse modo, tendo em vista a temática apresentada, entendeu-se necessário a realização de uma pesquisa básica, quanto à natureza, uma vez que, teve como objetivo fomentar conhecimentos pertinentes para a evolução da ciência, face à insegurança jurídica dos apátridas, a fim de compreender como esse fenômeno afeta milhares de pessoas diariamente, razão pela qual, o estudo implicará verdades e interesses globais, sem a aplicação de prática previsível.

Nessa acepção, perante as questões projetadas em relação às dificuldades enfrentadas pelos sem pátria para conseguir uma nacionalidade, tem-se que quanto à forma de abordagem, a pesquisa partiu de um estudo qualitativo, visto que apresentou caráter descritivo, não podendo ser traduzido em números, assim como, não foi necessário uso de métodos e estatísticas.

Ademais, quanto aos objetivos, refere-se a uma pesquisa exploratória, porque serviu-se de levantamentos bibliográficos e análise de casos de Apátridas que foram

naturalizados brasileiros.

Nesse sentido, quanto ao procedimento técnico, a pesquisa deu-se de forma bibliográfica, uma vez que foi realizada a partir de materiais já publicados, tais como, leis, livros, artigos e matérias de jornais que versam sobre o tema, partindo de autores fundamentais como Mazzuoli (2015), Portela (2017), Brasil (1988, 2002, 2017).

Outrossim, quanto ao método de abordagem, foi utilizado o método dedutivo, já que, realizou-se um estudo geral sobre a situação jurídica dos apátridas, como as legislações internacionais, para o estudo específico no ordenamento pátrio brasileiro.

Ainda, quanto ao procedimento, usou-se o método monográfico, pois o trabalho parte de um estudo sobre um tema específico, analisando as particularidades pertinentes aos que não possuem nacionalidade e suas condições de vida.

Inicialmente, durante a construção do artigo, foi abordado o direito à nacionalidade como um direito humano, esclarecendo os conceitos básicos e estabelecendo as possíveis distinções acerca desse termo. Na sequência, explicou-se o que é a apatridia e quais as suas consequências para quem vive nessa condição.

Ainda, posteriormente, foi realizado um estudo sobre Lei de Migração e a proteção dada aos apátridas no território nacional, com a análise da história da primeira apátrida naturalizada brasileira através dessa lei. E por último, averiguou-se como ocorre o acolhimento ao sem pátria e o seu processo de naturalização.

Nesse sentido, o assunto em tela possui extrema importância atualmente e se justifica, pela necessidade de compreender como é degradante e desumano viver sem direitos básicos, na verdade, sem mesmo existir para fins jurídicos e sociais. E com isso, foi possível firmar novos conhecimentos sobre o tema, uma vez que esse grupo específico não possui a devida visibilidade, o que poderia lhes proporcionar maiores benefícios, porque quanto mais o tema for discutido melhor será, e assim, possam enfim ter seus direitos restabelecidos em todo lugar do mundo.

Assim, foi possível estabelecer que, a concretização do direito à nacionalidade permite devolver direitos e garantias àqueles que já não tinham mais esperanças de pertencer a algum lugar, viabilizando uma reflexão sobre como o Brasil tem evoluído quanto aos direitos fundamentais tornando-se um país com grande potencial para servir de espelho aos demais Estados-Nação.

2 | O DIREITO À NACIONALIDADE COMO UM DIREITO HUMANO

Inicialmente, torna-se necessário compreender quais as possíveis definições de Direitos Humanos, para então, identificar como o direito a uma nacionalidade tornou-se inerente ao ser humano. Nesse sentido, a acepção de “Direitos Humanos” se dá em três aspectos diferentes, sendo eles: Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

Os Direitos do Homem são aqueles direitos que já nascem com ele pelo simples fato de ser humano, independentemente de positivação, ou seja, sem a necessidade de disposição jurídica em qualquer ordenamento, é o também chamado de direito natural.

Por outro lado, os Direitos Fundamentais, estão justamente ligados à uma positivação jurídica de ordem nacional, isto é, precisa estar normatizado na legislação interna do País, mais precisamente, na Constituição do Estado, para que eles possam subsistir.

Já os Direitos Humanos, em si, dizem respeito aos direitos inerentes ao ser humano que foram efetivados em pactos e tratados internacionais, assim como conceitua Mazzuoli (2015, p. 26), "trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e ascenderam ao plano de proteção internacional".

Nesse mesmo viés, pode-se observar que o direito à nacionalidade já extrapolou o campo dos direitos fundamentais, alcançando o patamar de Direito Humano, uma vez que se encontra positivado em documentos e textos normativos internacionais, como na Declaração Universal de Direitos Humanos, que em seu artigo 15, diz: "1º. Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade. 2º. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade." (PARIS, 1948, p. 1).

Nessa perspectiva, cabe definir o conceito básico de nacionalidade, como sendo um elo jurídico e político que estabelece ligação do indivíduo com um determinado País, transformando-o em integrante de uma nação. Nas palavras de Ramos (2016, p. 60), "a nacionalidade é definida como sendo o vínculo jurídico entre determinada pessoa, denominada *nacional*, e um *Estado*, pelo qual são estabelecidos direitos e deveres recíprocos".

Dessa forma, percebe-se que possuir uma nacionalidade constitui privilégios e garantias a quem a detém, pois além dos Direitos do Homem e dos Direitos Humanos, também estará sobre a proteção dos direitos fundamentais, que são mais específicos e determinados, o que em tese, possibilita uma vida digna.

Assim, o ser humano pode exercer livremente suas vontades, bem como, gozará do direito de ser amparado em suas fragilidades, razão pela qual pertencer a um lugar é primordial. Pode-se dizer que é basicamente uma troca de obrigações, entre os deveres que lhe são impostos e os direitos que lhes são garantidos.

3 | A APATRIDIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Apatridia é uma condição desfavorável de vida, enfrentada por milhões de pessoas em todo o mundo, caracterizada, particularmente, pela inexistência de uma nacionalidade, motivo pelo qual, as pessoas que vivem essa situação são denominadas como apátridas.

Nesse sentido, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, instituída no Brasil pelo Decreto nº 4.246/02, diz que: "o termo 'apátrida' designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação". (BRASIL, 2002,

p. 1).

Todavia, esse termo ainda é relativamente desconhecido, pois não é muito apreciado, dando ensejo a muitas dúvidas e confusão sobre o assunto. Desse modo, faz-se necessário compreender como alguém se torna um apátrida e quais são as consequências de viver sem uma nacionalidade.

Nessa perspectiva, constata-se que esse fenômeno pode ocorrer por diversas razões, dentre elas, as mais comuns são: o início da apatridia desde o nascimento, em razão dos conflitos negativos e lacunas existentes nas leis de nacionalidade de um país, ou também pode ocorrer sucessivamente, quando se perde a cidadania originária sem que seja adquirida uma outra, em virtude de discriminação contra grupos étnicos e religiosos específicos, ou com base no gênero, assim como, pela renúncia expressa de cidadania.

Para Portela (2017, p. 291) "a apátrida, também chamada "apatria", pode ocorrer ou pela perda arbitrária da nacionalidade, normalmente por motivos políticos, ou pela não incidência de nenhum critério de atribuição de nacionalidade sobre uma pessoa".

Destarte, ser um apátrida causa inúmeras privações, principalmente de direitos básicos, como elucida o CNJ (2016, p. 95), "a apatridia tem como consequência impossibilitar o usufruto dos direitos civis e políticos de uma pessoa, e ocasionar-lhes uma condição de extrema vulnerabilidade".

Isso porque, em geral, não conseguem receber uma educação de qualidade, ou até mesmo frequentar uma escola ou universidade, nem sequer alcançar cuidados de saúde, assim como, podem simplesmente tornar-se objeto de exploração e trabalho forçado, uma vez que não possuem proteção contra nenhum tipo de abuso, já que em tese, para efeitos jurídicos, essas pessoas nem sequer existem, são totalmente invisíveis aos olhos do Estado.

Diante disso, nota-se que apesar de milhares de pessoas viverem nessa situação, à margem da sociedade, os Direitos Humanos têm evoluído constantemente para a erradicação da apatridia. Logo, o Brasil tomou frente e progrediu imensamente em relação à redução e à prevenção desse problema, conforme observou-se com o estudo da Lei 13.445/17, também conhecida como a Lei de Migração.

3.1 LEI DE MIGRAÇÃO E A PROTEÇÃO AOS APÁTRIDAS

Foi promulgada no final de 2017, a Lei de Migração, que versa sobre os direitos e deveres dos estrangeiros no país, essa norma jurídica revogou taxativamente o Estatuto do Estrangeiro (1980), trazendo em seu texto uma modificação de paradigma, afastando a antiga visão de que o ádvena é inimigo ou uma ameaça à segurança Pública nacional, um pensamento peculiar do período da ditadura militar no Brasil.

Salienta-se ainda que, essa nova legislação não afeta a observância dos demais tratados e convenções internacionais, mas sim potencializa tais garantias e liberdades

no território nacional. Pois, não basta apenas criar leis que regulem o tema, mas é imprescindível que tais normas emanem resultados efetivos.

Pode-se dizer que isso foi o que aconteceu com o Estatuto dos Apátridas, já que é uma norma que dispõe sobre o tema, mas não possui meios que consigam emitir autoridade suficiente para lograr êxito em seu cumprimento por todos os Estados-Nação. Segundo Reis, (2016, p. 48)

> Este tratado não trouxe a definição dos apátridas de facto por ter sido previsto inicialmente como um protocolo para a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Entretanto, acabou tornando-se um documento independente e negligenciou a situação de tais indivíduos, salvo com uma menção em sua ata final no sentido de que os Estados, na medida do possível, emprestassem aos apátridas de facto o mesmo tratamento declinado aos apátridas de jure.

Nesse sentido, é notória a necessidade que existisse a regulamentação de uma legislação nacional específica que fizesse valer exatamente o que dispõe os normativos internacionais, pois apesar de existirem muitas normas jurídicas em âmbito mundial que legislem sobre o tema e as garantias desse grupo específicos, não chegam a produzir efeitos, de fato, internamente nos territórios Estatais.

Sendo assim, este novo texto normativo no Brasil, qual seja, Lei de Migração, tem abrangência sobre todos os migrantes (pessoas que se deslocam de seu País com o intuito de estabelecerem moradia no Brasil), emigrantes (brasileiros que se mudam para o exterior), bem como, os Apátridas (aqueles que não possuem nacionalidade), nesse último caso, se assim desejar, terá assegurado por meio dessa lei, o direito de adquirir a nacionalidade brasileira.

Nesse tocante, o apátrida em solo brasileiro recebe as mesmas garantias e proteção de um cidadão brasileiro, não apenas de residir livremente no País, mas também de fruir em estado de igualdade com os demais cidadãos brasileiros todos os direitos fundamentais estabelecidos no ordenamento pátrio brasileiro, dentre os quais estão: acesso à saúde, educação, assistência social, liberdades individuais, entre outros.

Dessa forma, não é permitido em território nacional a diferenciação no tratamento entre os sem pátria e os nacionais, conforme artigo 12, § 2º da Constituição Federal: “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição” (BRASIL, 1988, p, 1).

Assim, ficam ressalvadas apenas as particularidades inerentes aos brasileiros natos, que o próprio texto constitucional traz. Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

> São brasileiros: I- natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil. §3º São privativos de brasileiro nato os cargos: I- de Presidente e Vice-Presidente da

> República; II–de Presidente da Câmara dos Deputados; III-de Presidente do Senado Federal; IV- de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V- da carreira diplomática; VI- de oficial das Forças Armadas. VII- de Ministro de Estado da Defesa. (BRASIL, 1988, p, 1)

Nesse sentido, os sem nacionalidade que expressarem o desejo de obter a cidadania brasileira serão submetidos a um processo simplificado e assim, durante esse processo, terão ainda de forma provisória o direito à Carteira de Trabalho, cadastro de CPF, bem como, a possibilidade de abrir conta bancária em seu nome.

Como elucida Lenza (2021, p. 1886), "durante a tramitação do processo de reconhecimento da condição de apátrida, incidem todas as garantias e mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social".

Todavia, se o indivíduo não tiver o interesse na naturalização, a ele não será privado nenhum direito constitucional, sendo-lhe assegurado o direito de residência fixa e definitiva no País, como estabelece o Artigo 26, §8º, da Lei de Migração: "O apátrida reconhecido que não opte pela naturalização imediata terá a autorização de residência outorgada em caráter definitivo." (BRASIL, 2017, p. 1).

Diante disso, foi possível observar que a Lei de Migração veio como um sopro de esperança, porque apesar de já existirem outras legislações internacionais que versassem sobre o tema, nenhuma delas tinha a força de obrigar um país a aceitar uma pessoa sem pátria, a fornecer documentos, a conceder residência mesmo sem a naturalização. Nenhum tratado ou convenção de Direitos Humanos conseguia fazer com que o Apátrida recebesse, além de palavras bonitas sobre os seus direitos, realmente a efetivação do direito à existência jurídica.

Assim, verifica-se que a Lei 13.445/17, garantiu não só o acolhimento humanitário, mas também o direito de ser alguém, de ter documentos, de exercer atividade remunerada formal, de não correr o risco de exploração, bem como, a certeza de que em solo brasileiro serão reconhecidos como seres humanos que finalmente podem subsistir uma cidadania, não sendo privado de exercer os direitos intrínsecos à pessoa humana.

3.2 A HISTÓRIA DA PRIMEIRA APÁTRIDA NATURALIZADA BRASILEIRA

3.2.1 Uma Jornada pelo Direito de Existir

É tão comum para a maioria das pessoas já nascerem com uma nacionalidade definida, que muitos nem imaginam que uma considerável parte da população mundial vive sem tal direito. A extrema vulnerabilidade de direitos é uma condição enfrentada diariamente por milhões de pessoas espalhadas pelos mais diversos cantos do mundo e essa foi por vários anos a realidade da, agora brasileira, Maha Mamo.

Mamo viveu por cerca de 26 anos como uma Apátrida, ou seja, não conseguia ser

considerada como nacional de nenhum país. Nascida no Líbano, porém, filha de pais sírios. A mãe é mulçumana e o pai cristão, motivo pelo qual não pode receber a nacionalidade síria, tendo em vista que o casamento inter-religioso é proibido no país.

Nesse sentido, para que pudessem se casar sem impedimentos, seus pais decidiram fugir para o Líbano, lugar onde não viveriam privações com relação ao desejo de constituírem juntos uma família e serem livres das limitações impostas pelo Estado.

Todavia, não sabiam que o país não adere ao quesito solo para conceder a nacionalidade aos que nascem em seu território, mas tão somente ao critério sanguíneo, isto é, só consegue ter reconhecida a nacionalidade libanesa quem tem sangue libanês, ou seja, os filhos advindos dessa união, mesmo sendo um enlace permitido, não teriam de onde adquirir uma nacionalidade.

Nesse cenário, nasceu Maha Mamo, sem nenhuma pátria. Nas palavras de Mamo (2020, p.50) "Nasci ninguém. Ou melhor, eu era alguém que não existia oficialmente. Porque não poderia existir em meu país."

Dessa forma, a jornada incansável em busca do reconhecimento do direito intrínseco de pertencer a algum lugar começou desde cedo, com a necessidade de receber educação básica primária, porque nenhuma escola poderia aceitar uma criança sem nenhum documento, sem comprovante de idade ou de filiação.

Sendo assim, somente, após inúmeras tentativas e muita insistência, os pais de Maha conseguiram matriculá-la em uma escola armênia, situada no Líbano. Em entrevista, Maha Mamo declarou à ACNUR - Agência da ONU para Refugiados (2016) "Eu tive que receber uma isenção especial para receber meu certificado de Ensino Médio". Mas, esse foi só o primeiro dos muitos obstáculos enfrentados durante essa saga por uma cidadania.

Em 2004, aos 16 anos, Maha percebeu que deveria mudar sua história e começou a enviar cartas por e-mail para embaixadas do mundo inteiro solicitando apoio e vínculo jurídico-político, porém sem êxito, nenhum país teve a iniciativa de acolhê-la, inclusive o Brasil, uma vez que ainda não existia nenhuma política pública especifica que amparasse esse direito no território nacional. Assim, se passaram 10 anos de constante busca por uma pátria, longos anos de muito esforço e inúmeras limitações.

Destarte, o fato de não ter uma nacionalidade à privou de diversos anseios, alguns muito simples, como de poder competir em campeonatos escolares fora do país, uma vez que sempre foi uma excelente jogadora de basquete, e outros mais marcantes e dolorosos, como o sonho de cursar uma universidade renomada, pois seu maior desejo era de ser médica.

Todavia, sem uma ligação jurídico-política estabelecida com algum país, não foi possível alcançar esse objetivo, mesmo com excelentes notas. Segundo Maha Mamo, "ser uma apátrida é muito mais doloroso quando você sabe que sua capacidade é muito maior do que aquilo que te permitem fazer". (ACNUR, 2016).

Nesse sentido, no ano de 2014, teve a informação que o Brasil havia aberto as

portas para os refugiados Sírios e somente por causa da nacionalidade de seus pais, Maha Mamo e seus irmãos conseguiram um visto humanitário permitindo-os ingressar no país. Aliás, destaca-se que o Brasil foi o único país a oferecer passaporte para que Apátridas pudessem receber o visto.

Todavia, só receber asilo não era suficiente, porque até então, não havia mecanismos definidos que pudessem estabilizar a estadia e a sobrevivência dos sem pátria em território brasileiro, e por mais que o acolhimento fosse um grande passo para exercer direitos básicos, o mais importante era ter a cidadania brasileira reconhecida e enfim pertencer a um lugar.

Assim, após dois anos no Brasil, Maha foi reconhecida com refugiada e em 2017, com a entrada em vigor da Lei de Migração, passou a exercer a condição de Apátrida reconhecida pelo governo brasileiro. Por fim, em 2018, após muita luta e uma jornada cheia de dor e sofrimento, já com todos os requisitos necessários preenchidos, Maha Mamo e seus irmãos finalmente se tornaram cidadãos brasileiros, os primeiros a adquirirem a naturalização através da Lei de Migração.

Atualmente, Maha Mamo trabalha como Gerente de Relações Internacionais, é palestrante e ativista de direitos dos apátridas, além de ser defensora da campanha "I Belong" que traduzido significa "Eu Pertenço", da ACNUR, que tem como objetivo erradicar ou pelo menos diminuir o número de apátridas pelo mundo.

Segundo a própria Agência da ONU para Refugiados (2014) "pelo menos 10 milhões de pessoas em todo o mundo são apátridas, e a cada dez minutos um bebê nasce sem ter nacionalidade reconhecida por nenhum Estado". Contudo, atualmente esse número, provavelmente está muito maior, uma vez que não há como contabilizar com exatidão todas as pessoas que vivem essa condição, justamente por não ter registro dela em nenhum lugar.

Dessa forma, a saga particular de Maha Mamo em busca de ser alguém e pertencer a um lugar foi encerrada, mas agora, além de ser uma cidadã brasileira, luta pelos que ainda não tiveram a oportunidade de ser nacional de algum país e continua, incansavelmente, buscando através de palestras pelo mundo, atuar como uma defensora do direito de ter uma nacionalidade.

3.3 O ACOLHIMENTO AO APÁTRIDA E O PROCESSO DE NATURALIZAÇÃO

Com o advento da Lei de Migração, a forma de acolher o estrangeiro no Brasil tornou-se mais humanitária, distinta ao que antes era instituído, pois com a criação da nova legislação o país adotou uma postura ativa na tomada de medidas que visam estabelecer maior segurança e proteção aos sem nacionalidade.

Nesse sentido, o Apátrida gozará em território brasileiro de total amparo, como se dele fizesse parte, tendo em vista que o Brasil prega como princípio básico a igualdade

entre os povos, sem que haja qualquer discriminação, distinção ou preconceito.

Nessa perspectiva, o ordenamento pátrio dispõe de instrumentos que buscam a efetivação de uma naturalização facilitada, todavia, fala-se muito sobre o quanto tornou-se simples conseguir a nacionalidade brasileira, e com isso, surgem diversas dúvidas de como se dá o processo para a obtenção da cidadania brasileira.

Por esse motivo, buscou-se averiguar quais são os procedimentos e requisitos para aquisição simplificada da nacionalidade pelos apátridas, tendo em vista que a intenção dessa nova legislação foi dar maior estrutura e meios mais acessíveis para ter tal reconhecimento.

Diante disso, observou-se que o primeiro passo para a naturalização, será com o reconhecimento do indivíduo como apátrida. Esse procedimento diz respeito a um processo de identificação civil, onde serão colhidas as digitais e realizados registos fotográficos do indivíduo, ou seja, será verificado em banco de dados internacionais se há a existência de vínculo jurídico com algum país, com esse reconhecimento, o indivíduo já começa a fruir dos direitos fundamentais dispostos no ordenamento brasileiro.

Destarte, após o reconhecimento da situação de Apátrida, o requerente será consultado se deseja obter a naturalização, uma vez que essa escolha deve ser expressa, considerando mesmo não possuindo vínculo Estatal com alguma nação, o sem nacionalidade não será obrigado a se naturalizar como brasileiro para que possa ter garantias fundamentais.

Assim, nos termos da Lei 13.445/17: "Caso o apátrida opte pela naturalização, a decisão sobre o reconhecimento será encaminhada ao órgão competente do Poder Executivo para publicação dos atos necessários à efetivação da naturalização no prazo de 30 (trinta) dias, observado o art. 65". (BRASIL. 2017, p. 1). Desse jeito, a naturalização, será de forma ordinária.

Para simplificar ainda mais o acesso de todos ao direito de pertencer a uma nação, a Agência da ONU para Refugiados, esclarece que:

> Por meio do sistema do Governo Federal do Brasil, o SisApatridia, é possível solicitar esse reconhecimento de forma online. Para solicitar é necessário: Não ser considerado como nacional por nenhum Estado, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954; Residir no Brasil; e não ter antecedentes criminais nos países onde residiu nos últimos cinco anos. Em seguida, o solicitante deverá preencher o formulário online e realizar o agendamento para sua ida até a Polícia Federal. (ACNUR, 2018, p.1)

Com esse reconhecimento, o apátrida já preenche um dos requisitos para se tornar cidadão brasileiro e poderá requerer a naturalização ordinária.

Para tanto, é necessário ser civilmente capaz, ter residência no Brasil há pelo menos 2 (dois) anos, não ter sido condenado penalmente ou que já tenha havido a reabilitação, possua a capacidade de falar e compreender a língua portuguesa (essa capacidade se comprova por meio de um certificado de proficiência em Língua Portuguesa emitido pelo

Ministério da Educação).

Após ter endereçado o pedido ao Ministério da Justiça, o candidato à naturalização deverá comparecer a Polícia Federal, que é o órgão responsável por todos os tramites legais, para a apresentação dos documentos solicitados.

Destarte, o prazo de residência mínima no país pode ser diminuído pela metade, caso o candidato tenha descendentes, cônjuge ou companheiro brasileiros, natos ou naturalizados, salvos que estiverem em condição de naturalização provisória.

O interessado deverá acompanhar seu pedido de forma online, pelo site do Governo Federal ou por e-mail. Esse processo tem um prazo para ser ou não concedida a cidadania brasileira, nos termos da Portaria Interministerial nº 5, em seu art. 18 “O processo deverá ser concluído em cento e oitenta dias, contados da data de recebimento do pedido de naturalização”.

Nota-se, portanto, que é um processo fácil e consideravelmente rápido, visto que a intenção é regulamentar a situação dos indivíduos solicitantes de forma mais célere. Além disso, cumpre informar que esse serviço é fornecido de forma gratuita aos interessados em obter a nacionalidade brasileira, o que demonstra mais uma vez a preocupação do Estado em fornecer todo auxílio necessário para que a pessoa possa ter reconhecido seu direito.

Isso posto, percebe-se que o legislador teve um olhar generoso ao publicar essa lei, tendo em vista que dispôs de todas as ferramentas para que realmente facilitassem e tornassem possível que alguém que já viveu por anos, ou até mesmo a vida inteira como apátrida sofrendo inúmeras privações, não tenha que passar por um processo extremamente complexo e oneroso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões concernentes à inexistência de nacionalidade são de extrema importância na atualidade, razão pela qual mereceu toda atenção durante a exploração desse tema, com a elucidação dos conceitos básicos necessários para o entendimento das particularidades e dificuldades enfrentadas pelos sem nacionalidade, desde o seu nascimento e nas principais fases de sua vida.

Assim sendo, percebeu-se que os apátridas nascem, crescem, muitas vezes vivem uma vida inteira e até morrem sem nem ter existido para os fins jurídicos ou sem ter acesso ao mínimo existencial, como saúde, segurança, educação, liberdade, trabalho, assistência social, entre tantos outros direitos, como foi possível verificar com a história de vida da primeira Apátrida naturalizada brasileira pela Lei de Migração.

Nesse sentido, verificou-se que milhares de pessoas espalhadas por todo o mundo subsistem a essa realidade, em condições de extrema vulnerabilidade social, tornando-se o direito a nacionalidade uma problemática no patamar de Direitos Humanos, visto que é uma necessidade iminente e imprescindível.

Não obstante, apesar de existirem legislações que discorrem sobre os mecanismos protecionais no âmbito internacional, por exemplo, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, a qual também foi objeto dessa pesquisa, a fim de compreender quais eram os direitos já consagrados aos Apátridas pelo mundo. Nesse sentido, observou-se que apesar de tal norma ser um grande marco para os direitos intrínsecos da pessoa humana, ela não possui tanta força normativa internamente em todos os Estados-Nação para assegurar que os países cumpram exatamente o que estabelece, o que pode causar a apatridia em si ou dificultar que um país acolha o sem pátria e lhe dê amparo jurídico.

Em tal contexto, foram analisados também quais os meios que o Brasil buscou para que pudesse elevar seu nível de acolhimento e proteção ao estrangeiro dentro de seu território, uma vez que com a promulgação da Lei de Migração, houve uma grande evolução em relação aos direitos dos ádvenas, em especial, os Apátridas, pois foram constituídas bases sólidas para prestação mínima de garantias individuais àqueles que nem sequer existiam.

Ademais, o objetivo maior da pesquisa era analisar como a Lei de Migração impactou os direitos dos Apátridas em território nacional, tendo em vista que a criação dessa lei trouxe uma nova perspectiva para a consagração de tais direitos. E foi possível concluir que a Lei 13.445/17, foi criada para realmente alavancar o Brasil em relação a proteção de direitos, pois foi o primeiro texto normativo que deu liberdade de escolha entre ser um nacional ou continuar na condição de Apátrida, com todos os benefícios que os assiste.

Dessa forma, com o estudo mais aprofundado sobre o assunto durante toda essa pesquisa, pôde-se responder o grande problema aqui enfrentado, qual seja: De que forma a Lei de Migração, contribuiu para a proteção dos apátridas em território nacional? É que a Lei 13.445/13 foi a primeira legislação a estender seu rol normativo para a concessão de direitos e escolhas às pessoas que não tinham nenhum vínculo jurídico com algum país, o Brasil pode por meio da Lei de Migração, conceder de forma ampla o acolhimento e a proteção necessária para que em solo brasileiro o Apátrida não sofra privações de direitos ou qualquer discriminação.

Mas não é só isso, os benefícios que a Lei de Migração trouxe vai bem além de garantir o mínimo, pois essa norma trouxe uma completa consagração de direitos, que abrange não só aqueles que sonham em se tornar cidadãos brasileiros, mas também aqueles que não tem a vontade de adquirir essa nacionalidade e mesmo assim gozará de direitos como qualquer outra pessoa.

Destarte, verifica-se que o objetivo em questão foi cumprido, pois foi possível comprovar que o Brasil tem se mantido como um pioneiro pela criação de uma norma especifica que impactou de forma significativa o direito dos Apátridas, porque a forma de acolhimento humanitário que o apátrida recebe em solo nacional é em razão desse texto normativo, que trouxe em seu bojo diversas formas de facilitar a naturalização e por consequência minimizar os casos de pessoas sem pátria em todo o mundo.

Todavia, apesar de tantos elogios referentes a essa lei, também é possível destacar que há muito o que ser feito ainda para que de fato essas pessoas possam se sentir acolhidas e terem finalmente o controle sobre suas vidas, pois, o simples fato de receber uma nacionalidade não transforma por um todo a vida de alguém, até porque, o Apátrida entra no país sem nenhuma estrutura ou qualquer rede de apoio.

Sendo assim, podem ser criadas algumas medidas simples, mas eficientes que contribuam ainda mais para o efetivo gozo da cidadania no País, como por exemplo, a possibilidade de uma ajuda de custo até que o Apátrida consiga se estabelecer; o fornecimento de cursos profissionalizantes, para que o apátrida tenha como se manter posteriormente em solo brasileiro, cumprindo com todas as responsabilidades que a ele serão impostas; a criação de programas de apoio para que consigam estrutura psicológica e financeira, entre outras.

Assim, conclui-se que os resultados alcançados ao longo de toda essa pesquisa são extremamente satisfatórios e em conformidade com o que foi almejado durante toda a trajetória do estudo, pois possibilitou responder todos os pontos e questionamentos relevantes sobre o tema, assim como, forneceu novos conhecimentos em torno da matéria.

Portanto, diante de todo o exposto, conclui-se que o Brasil é um país que realmente pode ser considerado como uma pátria mãe, uma vez que, tutelou de forma precisa e concreta os direitos dos Apátridas no País, com benefícios que acabam suprindo os possíveis problemas encontrados no ordenamento brasileiro. Assim, com o advento da Lei de Migração, o Brasil tornou-se uma grande potência para que seja possível a diminuição ou quem sabe até mesmo a supressão da Apatridia.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Apatrídia**. Brasília, DF: Acnur, 2018. Disponível em: https://help.unhcr.org/brazil/apatridia/. Acesso em: 09 de jun. 2022.

ACNUR. **Maha Mamo, refugiada apátrida no Brasil, fala sobre os desafios de uma vida sem nacionalidade.** São Paulo, SP: Acnur, 2016. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2016/12/15/maha-mamo-refugiada-apatrida-no-brasil-fala-sobre-os-desafios-de-uma-vida-sem-nacionalidade/. Acesso em: 29 de jul. 2022.

ACNUR. **ACNUR lança hoje campanha global pelo fim da apatrídia até 2024**. Brasília, DF: Acnur, 2014. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2014/11/04/acnur-lanca-hoje-campanha-global-pelo-fim-da-apatridia-ate-2024/. Acesso em: 29 de jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4246.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. **Congresso Nacional**. Brasília, DF. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. **Portaria Interministerial** nº 5. Brasília, DF. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549. Acesso em: 01 ago. 2022.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Migração, refúgio e apátridas**. Brasília: CNJ, 2016.

DOS REIS, Me Ulisses Levy Silvério; PETERKE, Sven. A Justiciabilidade Do Direito À Nacionalidade: Um Desafio Para O Direito Internacional Dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da UFERSA**, v. 1, n. 1, p. 89-110, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/6941. Acesso em: 30 de jul. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAMO, Maha; OLIVEIRA, Darcio. **Maha Mamo - a luta de uma apátrida pelo direito de existir**. 1. ed. São Paulo: Globo Livros, 2020.

PARIS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948**. UNICEF. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 25 mar. 2022.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Bahia: JusPodivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPÍTULO 11

PLENITUDE DE DEFESA E PARIDADE DE ARMAS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Data de aceite: 03/07/2023

Bernadino Cosobeck
Professor Orientador da FACT - Faculdade de Colinas do Tocantins.

Ester Moreira da Silva
Acadêmica bacharelanda em Direito na FACT – Faculdade de Colinas do Tocantins.

Gabriella da Silva Sousa
Acadêmica bacharelanda em Direito na FACT – Faculdade de Colinas do Tocantins.

RESUMO: O presente trabalho se ocupa da função de analisar os pressupostos legais acerca do uso da Plenitude de Defesa e Paridade de Armas perante o Tribunal do Júri, observando o momento ideal de uso de cada recurso, bem como seus limites e os diferentes formatos que podem assumir. Serão abordados os efeitos diretos e indiretos do cerceamento destes recursos, ou seja, o que acontece quando algum dos polos de um processo litigioso é privado de fazer uso de um elemento determinante em sua tese, na construção de um argumento que seja capaz de contradizer as alegações feitas pelo outro litigante. Visando demonstrar que, por mais que estes princípios sejam assegurados por lei, nem sempre são aplicados de maneira correta, vindo a acarretar nulidades no processo.

PALAVRAS-CHAVE: Ampla defesa. Cerceamento de defesa. Contraditório. Paridade de armas. Plenitude de defesa.

PLENITUDE DE DEFESA E PARIDADE DE ARMAS NO TRIBUNAL DO JURI FULLNESS OF DEFENSE AND PARITY OF ARMS IN THE JURY COURT

ABSTRACT: The present work deals with the function of analyzing the legal assumptions regarding the use of Full Defense and Arms Parity before the Jury Court, observing the ideal moment of use of each resource, as well as their limits and the different formats they can assume. The direct and indi rect effects of these resources' restriction will be addressed, that is, what happens when one of the poles of a litigious process is deprived of using a determining element in its thesis, in the construction of an argument that is capable of contradicting the allegations made by the other litigant. In order to demonstrate that, even though these principles are guaranteed by law, they

are not always applied correctly, leading to nullities in the process.

KEYWORDS: Broad defense. Defense restriction. Contradictory. Parity of arms. Full defense.

1 I INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade o estudo da plenitude de defesa e a sua importância para o sistema de justiça atual, bem como, enfoca a respeito da eventual ausência de aplicação do princípio da paridade de armas no processo penal, o que pode acarretar uma transgressão aos princípios constitucionais da igualdade.

Nesse sentido, o princípio da paridade de armas funciona como uma forma de proporcionar, às partes envolvidas no processo, uma igualdade frente aos mecanismos de arguição e tratamento por parte do magistrado, uma vez que, não deve existir no transcurso do julgamento nenhum tipo de influência do juiz com o intuito de favorecer a decisão dos jurados.

Ademais, o trabalho também enfoca a respeito da plenitude de defesa em seu grau máximo perante a instituição do Tribunal do Júri, momento em que é garantido o exercício pleno da defesa. Todavia, frente às jurisprudências exaradas pelos Tribunais Superiores no sentido de mitigar este princípio (caso da boate *Kiss* e a inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra), é impositivo o estudo avançado e consequencial das decisões citadas.

Desta forma, ante as discussões acima analisa-se também o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, no qual é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; e d) a competência para julho julgamento dos crimes dolosos contra a vida, configurando tais dispositivos como princípios constitucionais, os quais serão abordados sucinto e individualmente.

Além disso, estuda-se a instituição do júri como direito e garantia fundamental, em seu art. 5º, inciso XXXVIII e a sua caracterização como cláusula pétrea disposta no art. 60, §4º, inciso VI, uma vez que não o pode suprimi-lo ou restringi-lo nem mesmo por Emenda Constitucional, conforme ensina o professor Fernando Capez (CAPEZ 2012, p. 648).

Assim, a discussão é apresentada por seções de títulos e subtítulos, os quais mostram um breve histórico da forma de julgamentos, como as definidas pelos códigos de Hamurabi e lei de Talião, assim como, conceitos e características do processo de julgamento contemporâneo. Sendo que, para esta discussão são utilizadas legislações, decretos, jurisprudências e doutrinas que discutam a plenitude de defesa, a ampla defesa e paridade de armas.

Para que seja possível analisar os efeitos do cerceamento da plenitude de defesa e da paridade de armas no tribunal do júri, é necessário conhecer brevemente alguns conceitos que ambientam o entendimento do caso e as situações em que ele foi julgado, e

asseguram a correta aplicação da tese apresentada no artigo.

Este trabalho será dividido, em tópicos que abordam diferentes aspectos da aplicabilidade do conceito de paridade armas e ampla defesa no decorrer do julgamento perante o tribunal, com fins de buscar um entendimento que vise demonstrar a aplicação ou não desses princípios.

2 I DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, a saber: aborto e/ou seu induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e homicídio consumado ou tentado.

Os crimes contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri, pois são considerados atentados ao fator de maior relevância para a sociedade, a vida propriamente dita. Considerando este fato, cabe à população julgar se a perda da liberdade de um indivíduo acusado de homicídio, tentado ou consumado, é devida.

Eugênio Pacelli explica que:

> Para fins de julgamento, o Tribunal é composto pelo Juiz-Presidente e pelo Conselho de Sentença. Este é integrado por sete jurados leigos, isto é, por pessoas do povo, escolhida por meio de sorteio em procedimento regulado minudentemente em lei. O Juiz Presidente é órgão do Poder Judiciário, integrante da carreira, daí por que denominado juiz togado. Ao Juiz-Presidente caberão a direção e a condução de todo o procedimento, bem como a lavratura da sentença final, após as conclusões apresentadas pelo corpo de jurados, por meio de respostas aos quesitos formulados previamente sobre as questões de fato e de direito. (PACELLI, 2017, p. 37).

Conforme o trecho observado, o corpo do júri é composto por sete cidadãos comuns, sem que seja necessário prévio conhecimento jurídico por parte destes, que usarão do seu julgamento moral e ético acerca do litígio para determinarem se a conduta é passível ou não de condenação.

3 I DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Devido Processo Legal é um dos principais fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro. Com previsão legal no artigo 5º, LIV e LV da CF/88. Ele garante às partes envolvidas em um processo, que lhes sejam asseguradas a aplicação do contraditório e da ampla defesa, quando diz que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e garante que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em tese, esse princípio tem o papel de garantir que os litigantes de um processo tenham seus direitos observados, ao assegurar que sejam respeitadas todas as etapas

do trâmite processual. Ele se configura como uma proteção às partes, fazendo com que seja possível a aplicação da paridade de armas, para que não haja vantagem indevida a qualquer das partes no decurso do processo.

O escritor Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz traz em seu livro "O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão" o propósito do Devido Processo Legal conceituado, quando diz que:

> Em suma, a finalidade do devido processo legal processual constitui-se na garantia de um julgamento limpo e justo para as partes em qualquer processo. As outras garantias específicas contidas ou superpostas no devido processo legal destinam-se a assegurar a realização da justiça nos processos. É direito fundamental assegurado a qualquer cidadão o acesso a um processo público com todas as garantias. (PARIZ, 2009, p.81).

Podemos notar também a seguridade da garantia desse princípio ao analisar o texto disposto no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando traz em seu rol que "todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".

Desta maneira, é possível concluir que o princípio do Devido Processo Legal existe como garantia da seguridade dos direitos das partes, assegurando que todos os princípios cabíveis sejam aplicados para que o processo tramite em conformidade com a lei e não venha a ser alvo de nulidade.

4 I DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Conforme supracitado, a CF/88, garante a todos os acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa. E, para entender melhor a sua aplicação é importante conceituá-los e diferenciá-los.

4.1 O CONTRADITÓRIO

Conforme ensina o doutrinador Aury Lopes Jr.:

> O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de "contradizer" a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. [...]

> O juiz deve dar "ouvida" a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do "processo como jogo", das chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a "oportunidade de fala". Ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar- se de tal faculdade. (LOPES JR, 2019. p.108).

Como parte fundamental do método do processo penal, é importante que seja assegurado às partes o direito à contradição das alegações, bem como o direito de serem ouvidas e julgadas de forma imparcial, considerando os melhores caminhos para que se alcance plena justiça perante os fatos apresentados. Vale ressaltar que, por mais que seja um direito comum às partes, o contraditório é um recurso opcional. Se valendo do julgamento destas a avaliação da necessidade de utilizá-lo, observando a possibilidade de o julgador ser influenciado pela ausência de manifestação, caso apresentado um fato inverídico que possa ser refutado com o uso da contraditória.

4.2 A AMPLA DEFESA

A ampla defesa dá ao réu a possibilidade de se defender por todos os meios admitidos em direito, e sua defesa pode ser técnica ou pessoal.

Aury Lopes Jr. (2019, p.113 apud FENECH, 1960, p. 458) explica que "a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnica jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos". Este tipo de defesa pode ser exercido por advogados inscritos na Ordem de Advogados do Brasil ou Defensores Públicos capacitados para atuarem na causa e é garantida ao acusado no ordenamento jurídico brasileiro.

Já a defesa pessoal ou ato defesa como ensina Aury Lopes Jr.:

> [...] manifesta-se de várias formas, mas encontra, no interrogatório policial e judicial, seu momento de maior relevância. Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva - comissão -, expressando os motivos e as justificativas, ou negativas, de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa (JUNIOR, 2019, p.113).

Ou seja, diferentemente da defesa técnica, a autodefesa pode ser feita pelo próprio acusado, e consiste basicamente na sua versão dos fatos apresentada durante atos processuais específicos no decorrer da instrução penal.

5 I DA PARIDADE DE ARMAS

Marco Antônio Pedroso Cravo, em seu artigo “A falácia da paridade de armas” Relata que:

> O princípio da paridade de armas nada mais é do que a igualdade de tratamento entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos e deveres, bem como à aplicação de sanções processuais. Em outras palavras, é a necessidade da defesa e acusação terem as mesmas oportunidades para influenciar o julgador.
>
> A paridade de armas decorre dos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e até mesmo do direito à igualdade. Assim deveria ser respeitada, especialmente no processo penal”. (CRAVO, 2022).

Nos trâmites processuais, se faz necessária a isonomia entre as partes, de forma que não haja diferença no tratamento de defesa/acusação por parte do magistrado. Este direito é assegurado a ambos os polos do processo por meio do ordenamento jurídico, para que possam cumprir o seu papel com seguridade.

6 I DA PLENITUDE DE DEFESA

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5°: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

Contudo, para o procedimento do tribunal do júri, a CF/88 trouxe a previsão em seu art.5°, XXXVIII, alínea “a”, onde assegura a plenitude de defesa a todos aqueles que residirem no país. Sendo eles, nativos ou estrangeiros.

Nas palavras do professor Luiz Flávio Gomes:

> “A plenitude de defesa é aquela atribuída ao acusado de crime doloso contra a vida, no Plenário do Júri e, vale dizer, é bem mais ‘ampla’ do que a ampla defesa garantida a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo”. (GOMES, 2012).

E, conforme ensina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

> A expressão ‘amplo’ indica algo vasto, extenso, enquanto a expressão ‘pleno’ significa algo completo, perfeito. A ampla defesa reclama uma abundante atuação do defensor, ainda que não seja completa e perfeita. Contudo, a plenitude de defesa exige uma integral atuação defensiva, valendo-se o defensor de todos os instrumentos previstos em lei, evitando-se qualquer forma de cerceamento. (NUCCI, 2013, p. 31).

Em suma, a plenitude de defesa proporciona às partes a liberdade para que façam uso de recursos que tenham impactos “maiores” que os instrumentos de conhecimento comum usados no processo penal de forma geral, e alcancem o limite destes. Por exemplo, fazer uso de apelo ético, moral, e emocional para que o conselho de sentença se sinta inclinado a acatar as teses defendidas pela parte, desde que não venham a ferir nenhum

pressuposto da lei.

7 I DA NULIDADE NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O procedimento do júri segue regras especiais previstas no Código de Processo Penal, e caso haja a inobservância de alguma dessas regras será decretado à ineficácia do ato ou ter sua nulidade absoluta ou relativa reconhecida. Como explica Carnelutti (1950), "o legislador constrói um modelo ao qual o juiz, os assistentes e as partes devem ajustar-se, agindo do modo como lhes é indicado". Lembrando sempre que, enquanto não for atestada nenhuma dessas circunstâncias, o ato é existente e gera efeitos.

Atos inexistentes: Segundo Carnelutti (1950), é um não ato. Não se cogita de nulidade de ato inexistente, pois não produz efeitos jurídicos, uma vez que estão distantes do mínimo aceitável para o preenchimento das formalidades legais.

Nulidade absoluta: Cimatti (2015), são as que devem ser proferidas por juiz de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, por serem manifestamente contrárias ao interesse público no surgimento do devido processo legal. Portanto, quebrar as regras viola o interesse público. A nulidade absoluta pode ser declarada e reconhecida a qualquer momento, não admitindo convalidação.

Serão causa de nulidade absoluta, dispostas na Constituição Federal:

> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; II – por ilegitimidade de parte; III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante; b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167; c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 (vinte e um) anos; d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa; f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri; g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei; i) a presença pelo menos de 15 (quinze) jurados para a constituição do júri; j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade; k) os quesitos e as respectivas respostas; l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; m) a sentença; n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido; o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso; p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quórum legal para o julgamento. (BRASIL, 1988).

As nulidades absolutas citadas acima gerarão nulidade do ato e de todos que

decorrerem dele e não se convalidará com o tempo.

O STF sumulou alguns casos de nulidade absoluta, como exemplo a Súmula 156, que afirma que "É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório" e a súmula 523 que prevê que a ausência de defesa constitui nulidade absoluta.

Nulidade relativa: São as que para ser reconhecidas além de ser alegada pela parte interessada, que não pode ter dado causa a nulidade, também deve comprovar o prejuízo real causado pela inobservância da norma. Conforme sabedoria do CPP em seu art. 565: "Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

De acordo com CIMATTI, constituem nulidades relativas:

> As nulidades previstas no artigo 564, III, d e, segunda parte, g, h, e IV (ausência da intervenção do MP em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; ausência dos prazos concedidos à acusação e à defesa; ausência da intimação do réu para sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; ausência da intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade; por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato) se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo 571, bem como se o ato tiver atingido o seu fim, se praticado de outra forma, ou se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos; Ilegitimidade do representante da parte (artigo 568-CPP) Omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do ato de prisão em flagrante (artigo 569-CPP). (CIMATTI, 2015).

Tais nulidades são consideradas relativas, pois dependem da comprovação de efetivo prejuízo para que sejam acolhidas pelo juiz e deverão ser arguidas em momento oportuno sob pena de preclusão.

8 I DOS EFEITOS DO CERCEAMENTO DE DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS

A lei 8.906/94 estabelece em seu art. 6º que: "Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos".

O advogado é responsável pela defesa técnica dos seus patrocinados e para que ela seja exercida plenamente é necessário que ele esteja em uma situação de igualdade com as demais partes do processo.

No tribunal do júri, onde são julgados os crimes dolosos contra a vida, se torna ainda mais necessário o tratamento isonômico, pois, contrariando o princípio da presunção de inocência, aqueles que são pronunciados para o tribunal do júri já são taxados de culpados pela sociedade, principalmente em casos de grande repercussão na mídia, onde se tem acesso a diversas notícias e informações desencontradas levando a um pré-julgamento do réu, o que evidencia o pensamento de Francesco Carnelutti de que: "A essência, a

dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado".

É o advogado que estará ao lado do acusado, lutando para que seus direitos sejam respeitados e exercidos corretamente, e, caso seja cerceado sua defesa teremos a ocorrência de uma nulidade processual.

A recente anulação do caso da Boate Kiss, torna mais visível os efeitos da disparidade de armas entre Ministério Público e advogado para o deslinde do Processo Penal e exercício dos Direitos e Garantias Constitucionais do acusado. O caso em comento foi anulado por 2 votos a 1, pela 1° Câmara Criminal do Rio grande do Sul (TJ-RS), e dentre as causas aceitas para a anulação do julgamento no tribunal do júri (lembrando que o acolhimento de uma causa já é o bastante para a anulação do feito), está o de que o sorteio dos jurados não respeitou o que diz o Código de Processo Penal, conforme afirmaram os desembargadores no julgamento dos recursos:

> No caso em atenção a fórmula expressa no Art. 433, § 1º, do Código de Processo Penal, que prevê o prazo de 10 (dez) a 15 (quinze) dias úteis antes da sessão para o Ministério Público e a defesa investigarem os 25 (vinte e cinco) cidadãos e cidadãs sorteados, foi substituída, de ofício, pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri por procedimento outro ao arrepio da lei". Os magistrados sustentaram que "o prazo exíguo e o elevadíssimo número de jurados (305) causou prejuízo concreto às defesas, impossibilitando-as de exercerem o pleno exercício legal das recusas, bem como arguições de impedimentos, suspeições e incompatibilidades[...]. (Julgamento Recurso De Apelação do Caso Boate Kiss, 2022).

Neste ponto específico, houve uma prejudicialidade aos princípios da paridade de armas e da plenitude de defesa, visto que, a diminuição do prazo prejudica essencialmente a defesa dos acusados, que dispõem como arguido pelas defesas, "acesso apenas ao Google e suas ferramentas" para avaliar os jurados e decidirem suas recusas e impugnações, enquanto o Ministério Público tem à sua disposição sistemas de consultas integradas de dados, garantindo-lhe acesso a questões pessoais dos jurados, o colocando assim, em uma situação de superioridade na escolha dos jurados.

Frente aos jurados no tribunal do júri, para atribuir-lhe culpa, a acusação tratou do silêncio de um dos acusados o que possuí vedação expressa no art. 478, II, do Código de Processo Penal e é matéria discutida amplamente pelos tribunais como visto a seguir:

> A lei processual penal é bastante clara em coibir qualquer referência ao silêncio do réu em prejuízo de sua defesa. Caso em que o réu rompe o silêncio somente em plenário, fazendo confissão qualificada, e o órgão da acusação, em sua fala, faz referência ao silêncio precedente, o que foi alvo de protesto defensivo imediato, consignado em ata, com posterior arguição de nulidade. Flagrante violação de norma legal expressa com evidente invocação em prejuízo do réu e presumível prejuízo para sua defesa, viciando o julgamento pelo Conselho de Sentença. (APELAÇÃO CRIME Nº 70062072988, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 26/11/2015).

O silêncio do réu é uma forma de exercício da sua plenitude de defesa a partir da autodefesa, e a menção deste com o intuito de atribuir culpa ao réu fere o princípio da presunção de inocência, portanto os órgãos de acusação devem submeter-se a esses princípios.

O erro de conduta penal, por mais grave ele seja, não justifica o erro de conduta processual, pois todos devem ser havidos como inocentes até condenação definitiva e, como dizia Eduardo Couturé, "o processo penal é o estatuto protetor dos inocentes, ou seja, dos réus ainda sem culpa formada".

Também foi acolhida pelos nobres desembargadores como causa de nulidade, o uso de maquete digital do prédio da boate criada pelo Ministério Público e que possuía algumas inconsistências, além de ter sido postada em prazo mínimo para apreciação da defesa em formato de difícil suporte, que exigiria da defesa um material especifico e de difícil acesso para conseguir analisá-lo e oferecer a devida defesa, o que de fato também evidencia a disparidade de armas entre acusação e defesa e prejudica o exercício do contrário e da ampla defesa do acusado.

Outro ponto de nulidade quanto ao cerceamento da plenitude de defesa, vislumbrados pelos desembargadores do Caso da Boate *Kiss*, está o fato do juiz, em determinado momento do júri, ter se dirigido à sala particular com os jurados, sem a presença do MP e da defesa, fato este que não encontra previsão legal e nem justificativa, e que sequer foi citado em ata, impedindo assim a defesa de exercer contraditório ou a ampla defesa do que tenha sido tratado naquele momento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perfaz-se que a paridade de armas e a plenitude de defesa são institutos imprescindíveis para o deslinde dos processos e que o descumprimento desses preceitos pode ocasionar a sua nulidade.

Para que se tenha um processo justo e igualitário, como preceituado pela Constituição Federal (artigo 5°), é necessário que as partes tenham igual poder de influir na decisão do Juiz e no caso específico abordado no presente artigo, na decisão dos jurados no Tribunal do Júri.

Respeitadas as mitigações impostas pela lei e pela jurisprudência, como por exemplo, a vedação da tese da legítima defesa da honra nos casos de feminicídio e violência contra a mulher, o réu deve ter acesso pleno a todos os meios de defesa, seja defesa técnica ou autodefesa.

Tratamos aqui de alguns casos em que houve o cerceamento da plenitude de defesa e da paridade de armas no tribunal do júri que consequentemente gerou a nulidade de toda a sessão plenária.

Apesar de toda a notoriedade do Caso Kiss, que conta com 242 vítimas fatais e 632

sobreviventes, tal processo não deve ser visto como uma exceção no nosso ordenamento jurídico, onde os acusados deixam de fazer jus a direitos e garantias fundamentais.

Como bem disse, o Desembargador Jayme Weingarter Neto, no início da justificação do seu voto no recurso de Apelação durante a audiência: “Eu tenho uma convicção, [...] por mais paradigmática que se apresente (o caso da Boate Kiss) e até por isso ele exige de nós uma profunda e atenta revisão sistemática sem perder de vista a justiça tópica, nós não devemos/podemos tratar esse processo como uma exceção fulgurante que coloque em suspenso a coerência jurisprudencial e a segurança jurídica. Há sim que respeitar as formas da garantia institucional que substanciam o devido processo legal no tribunal do júri”[1].

Conclui-se que, indiferente à repercussão e a proporção do processo, este deverá transcorrer a luz dos princípios e garantias constitucionais e quando há o cerceamento da plenitude de defesa e da paridade de armas, haverá nulidade processual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Vidal. **Tribunal do Júri – Aspectos constitucionais – soberania e democracia social – “Equívocos Propositais e verdades contestáveis”**. São Paulo: Edijur, 2005.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/09/2022.

BRUNA, Lima. **O direito ao silêncio no Tribunal do Júri**. 2022. Canal Ciências Criminais. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/direito-silencio-tribunal-juri/. Acesso em: 21/10/2022.

CALEGARI, Luiza. **STF tem maioria contra tese da legítima defesa da honra**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-11/rosa-stf-maioria- tese-legitima-defesa-honra. Acesso em: 04/11/2022.

CARNELUTTI, Francesco. ***Lecciones Sobre El Processo Penal***. V. 03. Buenos Aires: Bosh, 1950.

CARVALHO, Leonardo Costa. **Princípio do Contraditório: Um Direito Constitucional**. BVA Advogados. Disponível em: https://bvalaw.com.br/principio- contraditorio/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20do%20contradit%C3%B3rio%20consiste,cada%20ato%20da%20parte%20contr%C3%A1ria. Acesso em: 24/09/2022.

CIMATTI, Isabella. **Nulidades do Processo Penal**, 2015. Jusbrasil. Disponível em: https://isabellacimatti.jusbrasil.com.br/artigos/315379154/nulidades-no-processo-penal. Acesso em: 04/11/2022.

CONSELHO de Sentença. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), 2016. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e- produtos/direito-facil/edicao-semanal/conselho-de-sentenca. Acesso em: 24/09/2022.

1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. CASO Boate Kiss – Julgamento dos recursos. 03/08/2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=plp2FD0i_rw.

CRAVO, Marco Antônio Pedroso. **A falácia da Paridade de armas**. Canal Ciências Criminais, 2022. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/a-falacia-da-paridade- de-armas/ Acesso em: 08/10/2022.

GIMENEZ, Rafaela. Nulidades Absolutas e Relativas, 2015.Jusbrasil. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/nulidades-absolutas-e-relativas/335476810. Acesso em: 24/09/2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Diferença entre a plenitude de defesa e a ampla defesa**. 2012, Jusbrasil. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/qual-a-diferenca-entre-a- plenitude-de-defesa-e-a-ampla-defesa/121926412#. Acesso em: 01/05/2023.

ISONOMIA. Direito Net, 30/11/2009. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/888/Isonomia-Novo-CPC-Lei-n- 1310515#:~:text=Isonomia%20significa%20igualdade%20de%20todos,sem%20distin%C3% A7%C3%A3o%20de%20qualquer%20natureza. Acesso em: 08/09/2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal / Aury Lopes Jr.** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p.32.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6.ed.rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 8.ed.rev., atual. E ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Daniely Benhien. **A Tese da Legítima Defesa da Honra**. Politize, 2021. Disponível em: https://www.politize.com.br/tese-da-legitima-defesa-da-honra/. Acesso em: 04/11/2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª.ed. São Paulo: Editora Atlas ltda, 2017.

PEREIRA, Mayara Peres. **A disparidade de armas no processo penal**. Jusbrasil,2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/24843/a-disparidade-de-armas-no-processo-penal Acesso em: 08/10/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. CASO Boate Kiss – Julgamento dos recursos. 03/08/2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=plp2FD0i_rw. Acesso em: 05/05/2023.

CAPÍTULO 12

PERSONERÍAS MUNICIPALES DE CATEGORÍA SEXTA: SU INTERVENCIÓN PREVENTIVA Y DISCIPLINARIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

Data de aceite: 03/07/2023

Luisa Fernanda Montoya Ángel
Abogada, Especialista en derecho Administrativo, Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín. Candidata a Magister.

Adriana Patricia Arboleda López
Posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Posdoctora en Ciencias de la Educación. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo. Magister en Derecho Procesal Contemporáneo. Especialista en Derecho Administrativo. Abogada Conciliadora. Investigadora categoría Senior con competencias en resolución de conflictos para promover la convivencia pacífica. https://orcid.org/0000-0001-6864-5911, Asesora del la tesis.

Articulo producto del proyecto de investigación titulado "Personerías Municipales de categoría sexta: su intervención preventiva y disciplinaria en la Contratación Estatal en Colombia", en la maestría de Contratación Estatal de la U de M.

RESUMEN: Las Personerías Municipales en Colombia en el transcurso de los años han cumplido un rol esencial para la protección y defensa de los derechos humanos, velar por el interés de la comunidad vigilando la conducta oficial de los servidores públicos de su jurisdicción, ejerciendo una multiplicidad de funciones que han sido asignadas como agente del ministerio público por la Constitución de 1991 y la Ley. Objetivo: En este sentido una de las principales funciones es la de ejercer vigilancia y control desde el enfoque preventivo y disciplinario, en cada una de las etapas precontractual, contractual y postcontractual, en materia de contratación estatal en los municipios sujetos a control. Metodología: Esta investigación es jurídico dogmática, basada en un análisis documental de contenido normativo a través de la recolección de datos como leyes, jurisprudencia, doctrina y de acuerdo con la aplicación del método interpretativo. Resultado: permite concluir que las Personerías Municipales de categoría sexta en Colombia tienen una serie de limitaciones presupuestales que implican la falta de profesionales idóneos y expertos en el área contractual y disciplinaria para garantizar el

ejercicio eficiente de la labor preventiva y disciplinaria en materia de contratación estatal; por lo tanto se encontró como principal, Conclusión necesario proponer una reforma legal que permita el fortalecimiento de las personerías municipales en el marco de su autonomía administrativa y presupuestal y de esta manera garantizar la protección del interés público en especial el patrimonio público.
PALABRAS CLAVE: Vigilancia administrativa, contratación estatal, interés público, control, seguimiento, falta disciplinaria.

INTRODUCCIÓN

Es importante resaltar la labor funcional de una de las agencias del Ministerio Público en Colombia de orden Municipal, las Personerías Municipales, son un ente de control que gozan de autonomía administrativa y presupuestal, sus funciones han sido reguladas de manera taxativa en la Constitución de 1991, Ley 136 de 1994 y demás normas concordantes, esencialmente cumplen con la función de garantizar, promover la protección de derechos humanos, velar por los intereses de la comunidad, vigilar las conductas oficiales de los servidores públicos y en especial actúa como veedor del tesoro público.

Se efectuará un breve análisis de la importancia de la labor de vigilancia y control que ejercen las personerías Municipales en el proceso de contratación estatal adelantado por las entidades públicas sujetas a control, especialmente en los municipios de categoría sexta y que tienen competencia con respecto a las entidades públicas de orden territorial.

La labor preventiva como veedores del tesoro público en el proceso contractual adelantado por las entidades públicas es fundamental en cada etapa; ya que deben garantizar el cumplimiento de la Ley y la aplicación de los principios rectores de la contratación pública, de tal manera que en el caso de evidenciar una violación a la norma, deberán informar dichas irregularidades a las diferentes entidades correspondientes; tales como: Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación.

De esta manera que el ejercicio que realiza esta agencia del Ministerio Publico durante la etapa pre- contractual hasta la post- contractual se constituye el fenómeno de un control formal; dado que no cuenta con un equipo interdisciplinario que tenga experticia en materia de contratación estatal y permita verificar las condiciones técnicas del objeto contractual durante la ejecución del mismo, es decir, no cuentan con recursos presupuestales suficientes o funcionarios que puedan brindar un concepto técnico, con experticia en el tema o se encuentren debidamente capacitados en temas específicos referentes al régimen de contratación estatal, lo cual implica el desconocimiento de requisitos exigidos por la ley para la celebración y ejecución contractual y de esta manera realizar un seguimiento exhaustivo al proceso contractual y en consecuencia garantizar el cumplimiento de los principios contractuales, aplicación de la norma y la adecuada inversión de los recursos en cumplimiento de lo pactado en el contrato estatal.

Como autoridad disciplinaria tiene la facultad de adelantar procesos en el marco de la Ley 1952 de 2019 modificado por la Ley 2094 de 2021; ya que tiene poder preferente con respecto a los funcionarios y contratistas de orden municipal, en el caso de que se evidencie una irregularidad o violación al régimen de contratación, pero el ejercicio de estas funciones se han visto perturbadas por la falta de recursos económicos, técnicos y humanos en su dependencia debido a que generalmente estas agencias del Ministerio público que corresponden a categoría sexta tienen en la planta administrativa dos cargos: el del Personero Municipal y la Secretaría general del despacho que en su mayoría no tienen formación profesional en derecho; de igual manera la innumerable asignación de funciones atribuidas por la Ley, impide en muchas ocasiones el ejercicio eficiente de sus funciones y la vigilancia administrativa en el marco del ejercicio de la función pública; la falta de recursos puede generar retrasos o mora en las actuaciones causando un incumplimiento de los términos establecidos por la Ley incurriendo en una caducidad o prescripción de la acción disciplinaria.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019 modificada por la Ley 2094 de 2021, los términos en cada una de las etapas del proceso disciplinario son más perentorios, por lo tanto la capacidad logística de las Personerías Municipales deberá ser más calificada; en el caso en que este adelantando etapa de instrucción de un proceso, a partir de la notificación del pliego de cargos deberá remitir por competencia a la Procuraduría General de la Nación para que se adelante la etapa de juzgamiento; razón por la que exige un mayor nivel de capacitación , conocimiento en el tema y priorización de los procesos disciplinarios que se encuentren en curso en el despacho y no hay un proceso de fortalecimiento de las Personerías Municipales de categoría sexta hasta la fecha.

Es importante visibilizar cuales son las falencias que se están presentando en el ejercicio de la función de vigilancia y control por parte de esta agencia del Ministerio público en cada una de las etapas del proceso contractual desde una perspectiva objetiva, que permita inferir si realmente se está realizando un control formal ante la falta de recursos económicos y humanos para verificar no solo el cumplimiento de la norma; sino también la garantía a través de un detallado seguimiento y control de la buena inversión de los recursos públicos, teniendo en cuenta los riesgos de corrupción que atentan contra la moralidad pública para que la entidad sujeta a control cumpla con los fines esenciales del estado, entre ellos satisfacer las necesidades de la comunidad.

Las falencias identificadas, tanto en la labor preventiva como en la disciplinaria de estas agencias del ministerio público, podrán concientizar a los administrados y demás entidades públicas de la necesidad prioritaria de fortalecer las Personerías Municipales de categoría sexta en todos los ámbitos, para que se pueda intervenir de manera eficiente en los procesos contractuales en el ejercicio de la vigilancia administrativa y disciplinarios por violación al régimen contractual para que finalmente se genere un impacto positivo como entidad vigilante de la adecuada inversión de los recursos públicos destinados para cumplir

los fines esenciales del estado.

Esta investigación conduce a responder la pregunta científica ¿Cuáles son las condiciones en las que se encuentran las Personerías Municipales de categoría sexta, con respecto a las capacidades para intervenir de manera preventiva y disciplinaria en la contratación estatal en Colombia?, tiene como objetivos evaluar las condiciones que limitan el ejercicio de seguimiento y control preventivo y disciplinario al régimen contractual por parte de las Personerías Municipales de categoría sexta en Colombia y plantear estrategias y/o soluciones frente a las problemáticas advertidas para el ejercicio de seguimiento y control en cumplimiento de su función preventivo y disciplinario a través de una metodología jurídico dogmática, basada en un análisis documental de contenido normativo a través de la recolección de datos como leyes, jurisprudencia, doctrina y de acuerdo con la aplicación del método interpretativo. Durante el desarrollo del texto se abordarán los siguientes temas:

1. Condiciones de las personerías municipales de categoría sexta, con respecto a las capacidades para intervenir de manera preventiva y disciplinaria en la contratación estatal en Colombia.

1.1 Antecedentes históricos y evolución

1.2 Naturaleza jurídica de las personerías Municipales en Colombia.

1.3 Funciones preventivas de las Personerías Municipales de sexta categoría en la contratación estatal.

1.4 Función preventiva como veedor del tesoro público.

1.5 Función de vigilancia de la conducta oficial de servidores públicos y función disciplinaria en el marco de la contratación estatal.

1.6 Las problemáticas advertidas para el ejercicio de seguimiento y control en los procesos contractuales y/o propuestas de solución.

2. Estrategias y/o soluciones frente a las problemáticas advertidas para el ejercicio de seguimiento y control en cumplimiento de su función preventiva y disciplinaria para los Personeros Municipales de categoría sexta en los procesos contractuales en Colombia.

2.1. Guía de buenas prácticas de seguimiento a los procesos de Contratación Estatal para Personeros Municipales.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

1 I CONDICIONES DE LAS PERSONERÍAS MUNICIPALES DE CATEGORÍA SEXTA, CON RESPECTO A LAS CAPACIDADES PARA INTERVENIR DE MANERA PREVENTIVA Y DISCIPLINARIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

Las Personerías Municipales en Colombia, es una de las instituciones públicas en la

estructura del Estado Colombiano que de manera trascendental interviene como un garante de los derechos de las comunidades en cada uno de los territorios en razón a la prevalencia del interés general y cumplimiento de los fines del estado plasmados en la carta política de 1991[1]; es importante abordar el marco normativo y jurisprudencial que regula y desarrolla la estructura administrativa de esta institución, sus funciones, antecedentes históricos y evolución de la misma a través de los años que permita analizar cuáles son las condiciones en las que se encuentran las personerías municipales de categoría sexta en Colombia con respecto a las capacidades para intervenir como agente del ministerio público en su labor de vigilancia en control de manera preventiva y disciplinaria en los procesos de contratación adelantados por las entidades sujetas a control.

1.1 Antecedentes históricos y evolución.

La Constitución Política de 1991, denomina como agencia del Ministerio Público a tan importante institución, es importante hacer un recuento histórico breve que permita conocer desde que año o vigencia nacen las Personerías Municipales en Colombia; ya que conduce a un análisis exhaustivo del proceso de fortalecimiento de esta institución a través de los años.

Los autores del proceso de investigación denominado El personero Municipal en Colombia: defensor público de la población local, exponen la siguiente información:

> La figura del Personero Municipal es una de las más antiguas del país. En 1776 por instrucción real del 26 de junio del citado año, se crea el Síndico Personero fijándose un periodo anual para ejercicio de su cargo. Desde aquella época a la fecha, ha tenido una interesante metamorfosis, la cual será objeto de profundización en nuestra investigación, toda vez que la constitución de 1886 le otorgó unas facultades especiales, las cuales tienen un proceso de maduración con la constitución de 1991 y las leyes que han desarrollado el ejercicio de esta figura pública entre ellas las Leyes 136 de 1994 y 1551 de 2012 (Berrío Restrepo & Bonilla Botero, 2016, pp 12).

Es una institución que nació desde el año 1776, con la Constitución Política de 1991, las funciones del Personero toma más firmeza debido a que se fortalece, se le asignan unas funciones supremamente importantes como la protección, promoción y garantía de derechos, defensor de los intereses de la comunidad de su territorio, veedor del tesoro público de la gestión fiscal y vigilancia de la buena inversión de los recursos destinados por la Nación para beneficio de sus comunidades, a su vez la observación de las conductas oficiales de los servidores públicos de las instituciones del estado en la entidad territorial que trabajan de manera armónica entre sí como sujetos de deberes, obligaciones y responsabilidades en el marco de su función administrativa.

Inicialmente en la Ley 136 de 1994[2] , se reguló de manera específica la figura del

1 en el presente texto se denominará la Constitución Política de 1991 con la sigla CP
2 El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 que regula el proceso de elección del Personero Municipal, fue modificado por

Personero Municipal, establece claramente cuáles son los requisitos establecidos para ostentar dicha calidad, dependiendo de la categoría en que se encuentra el Municipio, se asignan unas funciones específicas, por ejemplo se estableció la duración del cargo por un término de 4 años, es decir que es un cargo de Periodo que inicia el 1 de marzo hasta el último día de febrero que culmina el cuatrienio, se regularon situaciones administrativas como permisos, licencias, remuneración, calidades, faltas absolutas, temporales, inhabilidades, incompatibilidades, el proceso de elección y posesión (Ley 136, 1994, art.170-176).

> Frente al particular y la elección del Personero Municipal, Restrepo Tamayo expresa: El artículo 170 de la ley 136 de 1994 y el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, establecen que el concejo elegirá un Personero para un periodo institucional de 4 años, dentro de los 10 primeros días del mes de enero del año en que inicie su periodo constitucional (Restrepo Tamayo, 2018, p 155).

Por ello con la entrada en vigencia de la Ley 1551 de 2012, el Concejo Municipal tiene la competencia para elegir Personero Municipal, desde el año 1994 hasta el año 2012 el proceso de elección era de manera autónoma por los miembros del mismo según el reglamento interno del Concejo Municipal, se implementa la elección del Personero a través del proceso de concurso de méritos, que si bien lo debe realizar el concejo municipal a través de instituciones públicas de educación superior o entidades que tengan la experiencia en procesos de selección.

Los requisitos para ser Personero en un Municipio de categoría sexta en Colombia, se requiere ser egresado de una facultad de derecho; sin embargo, advierte la norma en el inciso segundo del art. 35 de la Ley 1551 de 2012, que en el momento de la calificación en un concurso de méritos para la elección del Personero Municipal se dará prelación al concursante que ostente el título de abogado, es por esta razón por la que en muchas personerías de municipios categoría sexta hay elección de funcionarios que no tienen la suficiente experiencia en las funciones asignadas como ministerio público en especial en materia de contratación estatal y derecho disciplinario. (Ley 1551, 2012, art. 35).

Con respecto al presupuesto o recurso económico determinado para las Personerías Municipales, el tope máximo legal establecido es de Ciento Cincuenta (150) SMLMV, está reglamentado en la Ley 617 de 2000 , el cual es aprobado por el concejo Municipal para cada vigencia fiscal (Ley 617, 2000, art.10).

Ahora bien, el artículo 178 de la Ley 136 de 1994 dispone las funciones del Personero Municipal [3], para el caso puntual es importante precisar que en el ejercicio de la función de seguimiento y control en los procesos contractuales de las entidades públicas de orden territorial, se le ha concedido la facultad de velar por el cumplimiento de las normas, leyes, ordenanzas, actos administrativos, velar y defender los intereses de la comunidad, vigilar el ejercicio eficiente de las funciones administrativas y las conductas oficiales de los

---

el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

3 El articulo 38 de la Ley 1551 de 2012 sustituye el numeral 15 del articulo 178 de la Ley 136 de 1994 y adiciona los numerales 24,25 y 26.

servidores públicos de orden municipal, por lo que se le otorga poder disciplinario que se encuentra regulado inicialmente en la Ley 734 de 2002.[4] (Ley 136, 1994, 2012, art. 10).

1.2 Naturaleza jurídica de las personerías Municipales en Colombia.

Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, se constituyó como un Estado Social de Derecho, democrático, unitario y participativo con fines garantistas de protección de derechos fundamentales , económicos, sociales y culturales, colectivos y del medio ambiente que busquen dignificar, materializar los principios, el cumplimiento de los deberes y fines esenciales del estado, entre ellos el de servir a la comunidad y la prevalencia de los intereses generales a partir de la provisión de bienes y servicios que promuevan la prosperidad, la participación de los administrados en el contexto social, económico y político en cada uno de sus territorios (Constitución Política de Colombia [C.P],1991, C.P, arts. 1-2).

Es por esta razón que se fortalecen algunas entidades públicas territoriales y/o organismos de orden Nacional, Departamental y Municipal, a través de la autonomía administrativa y presupuestal para garantizar el cumplimiento de los deberes y/o obligaciones del Estado; entre ellos se encuentran las Personerías Municipales como agentes del Ministerio Público que hacen parte de los órganos de control tal como se determina en los Artículos 117 y 118 de la Constitución Política de 1991 al cual le corresponde " la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas" (C.P.,1991,arts.117-118) ; es a partir de este momento donde se reviste la institucionalidad de las Personerías Municipales en cada uno de los municipios, la comunidad empieza a visibilizar la función del Personero como una de las autoridades más representativas de cada uno de los Municipios dado que sus funciones asignadas en la carta magna son esenciales en para la vigilancia y control en el ejercicio de la función pública.

La Personería Municipal es un órgano de control y vigilancia dentro de la estructura municipal, para Manrique Reyes:

> La labor de los personeros tampoco es extraña a las competencias de los concejos municipales pues ambos existen en gran parte para fiscalizar la labor de la administración local a fin de que esta cumpla adecuadamente sus labores, esto es, que las alcaldías actúen en beneficio del interés común, sin que sus funcionarios infrinjan las leyes o abusen de sus atribuciones (Manrique Reyes, 2019, p 121)

El consejo de Estado en su desarrollo jurisprudencial, hace referencia a las Personerías Municipales como una institución autónoma que hace parte del Ministerio Público de orden municipal que actúa bajo la dirección suprema de la Procuraduría General de la Nación en razón a la articulación y colaboración armónica entre estas instituciones

4 La Ley 734 de 2002, en la cual se le otorga el poder preferente disciplinario a las personerías municipales fue modificado por la Ley 1952 de 2019 y esta modificada por la Ley 2094 de 2021 que entra en vigencia el 29 de marzo de 2022.

en el ejercicio de las funciones asignadas por la constitución y la Ley, con respecto a la estructura orgánica y funcional expresa:

> Es un órgano de control autónomo e independiente, que no se identifica con una única entidad orgánica y funcionalmente homogénea, dado que las funciones están asignadas a un sin número de instituciones y personas que no necesariamente dependen unos de otros, entre los que se encuentran los personeros municipales, quienes son empleados del orden municipal, elegidos por el concejo municipal, pero sujetos funcionalmente a la dirección suprema del Procurador General de la Nación, en virtud de la coordinación y articulación que debe imperar en el ejercicio de las funciones de Ministerio Público. Los personeros como servidores públicos del orden municipal pertenecen a la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, organismos que forman parte del nivel local pero no pertenecen a la administración municipal, y por ser las personerías parte del nivel municipal el salario y prestaciones sociales del personero se pagan con cargo al presupuesto del municipio, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 136 de 1994 (Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, 00(2321), 2017).

La autonomía administrativa y presupuestal que reconoce la C.P de 1991 a las Personerías Municipales, le ha permitido al Personero cumplir a cabalidad con sus funciones, a pesar de que la figura como tal ha sido confundida dada la asignación presupuestal, pues las comunidades han identificado al funcionario como un empleado de la administración municipal; ya que normalmente sus sedes administrativas u oficinas se encuentran ubicadas en la infraestructura de las administraciones municipales y debido a que se asigna y se transfiere recursos del presupuesto del Municipio; el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han hecho énfasis que dada la naturaleza jurídica de esta institución, si bien es cierto que los gastos destinados al pago de nómina, prestaciones sociales y demás gastos de funcionamiento provienen del presupuesto local o municipal, la Personería Municipal no hace parte de la rama ejecutiva y en consecuencia no es parte de la administración municipal, el Personero Municipal es ordenador del gasto del presupuesto asignado en cada vigencia, respetando los limites asignados en la ley 617 de 2000. Es por esta razón que el Consejo de Estado expone que:

> Las personerías municipales son una sección del presupuesto municipal, a cuyo cargo se imputan los salarios y prestaciones sociales de los personeros, los cuales constituyen gastos de funcionamiento. Asumir dichos gastos con el presupuesto de la administración municipal vulneraría no sólo los límites máximos establecidos por la Ley 617 de 2000 sino los principios de especialización presupuestal, autonomía administrativa y presupuestal de las personerías, eficiencia en el manejo presupuestal y en la gestión administrativa de las personerías y, eventualmente, la moralidad administrativa.
>
> Los personeros como servidores públicos del orden municipal pertenecen a la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, organismos que forman parte del nivel local pero no pertenecen a la administración municipal, y por ser las personerías parte del nivel municipal el salario y prestaciones sociales del personero se pagan con cargo al presupuesto del municipio, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 136 de 1994, pero

> la imputación de dicho gasto debe hacerse a la sección presupuestal de las personerías, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en párrafos anteriores. Por último, como la competencia de las entidades territoriales es reducida en materia presupuestal, pues la expedición de las normas orgánicas del presupuesto del municipio están subordinadas a los preceptos constitucionales y a las leyes orgánicas de presupuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 352 y 353 de la Constitución Política y 109 del Decreto 111 de 1996, no pueden los municipios vulnerar los límites impuestos por las normas superiores (artículo 10 de la Ley 617 de 2000) para los gastos de funcionamiento de las personerías (Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, 00(2321), 2017).

La corte constitucional en la Sentencia C-365 (2001) considera que, en razón a la autonomía presupuestal, las personerías municipales tienen competencia para ordenar sus gastos de manera independiente a las decisiones administrativas que tome el alcalde Municipal, este reconocimiento se ha realizado por la Carta Política con el fin de propiciar la consecución de los propósitos encomendados [5]. Es por esta razón que los personeros municipales, en calidad de ordenadores del gasto, pueden disponer de los recursos presupuestales necesarios para garantizar el funcionamiento de la entidad.

Ahora bien, luego de hacer un breve recuento de la estructura de las Personerías Municipales con el fin de contextualizar su naturaleza jurídica y el funcionamiento de las mismas bajo el precepto Constitucional y Legal, es importante hacer una profundización de la función preventiva y disciplinaria, como una herramienta que le ha permitido fortalecer el seguimiento y control a los procesos de contratación estatal; garantizar el cumplimiento de la constitución, leyes, reglamentos, decisiones judiciales, actos administrativos, al ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales y vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; bajo la directriz de la Procuraduría General de la Nación, son funciones establecidas de manera taxativa en los numerales 1,3,4 del artículo 178 de la Ley 136 de 1994 (Ley 136, 1994, 2012, art.178).

Haciendo énfasis a las funciones que tiene el Personero Municipal en el marco de la vigilancia administrativa, en materia de contratación estatal, cumple un papel fundamental en el ejercicio de seguimiento y control que garantiza la buena inversión de los recursos, aplicación de los principios en materia contractual, el ejercicio eficiente y la buena prestación de bienes y servicios tanto de la entidad pública como de los servidores sujetos a control en razón a la satisfacción del interés general.

Es importante hacer referencia a la definición legal de contrato estatal como lo menciona Palacio Hincapié (2020) "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en las disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad" (p.40). dicho concepto se encuentra ligado a la funcionalidad de la que se encuentra

5 Corte Constitucional (2001, 2 de abril), sala plena de la corte, Sentencia C-365, Clara Inés Vargas Hernández, M.P..

investida la Personeria Municipal como órgano de control por cuanto la contratación estatal es la base fundamental para el desarrollo económico que tiene el estado Colombiano para garantizar la prestación del servicio público ofrecer bienes y servicios por parte de las entidades estatales que lo conforman o a través de particulares que colaboran con el estado, con el fin de satisfacer necesidades básicas a sus administrados, es decir el bien común, como uno de los medios más eficaces para el cumplimiento de los fines del estado, por lo tanto, las entidades públicas que con o sin personería jurídica dada a su naturaleza y/o estructura administrativa, en razón a la autonomía y capacidad celebran contratos estatales que generan obligaciones tanto a la entidad misma en calidad de contratante como al contratista en razón al objeto contractual y que se encuentra ligado a la prestación de un servicio público, adquisición de bienes , construcción de obras y un sin número de contratos regulados en las disposiciones normativas de carácter contractual dadas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007.

La Ley 80 (Ley 80, 1993, art. 2) establece claramente cuáles son las entidades estatales que se encuentran sometidas al estatuto de contratación Pública en Colombia y a su vez define claramente quienes ostentan la calidad de servidores públicos como aquellas personas naturales que prestan sus servicios a las entidades relacionadas en dicho estatuto como regla general y de manera excepcional los funcionarios que hacen parte de las asociaciones o fundaciones de nivel directivo, asesor, ejecutivo, miembros de corporaciones públicas que se le delegue o tenga capacidad para la celebración de contratos bajo la premisa de la norma de referencia.

La carta Política (C.P., 1991, arts. 122 -123) dispone que son servidores públicos quienes se encuentran al servicio del estado y la comunidad, sus funciones se encuentran asignadas en la constitución, ley o reglamento; son los miembros de las corporaciones públicas, empleados, y trabajadores del Estado incluyendo los que hacen parte de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios a quienes se les determina una responsabilidad en razón a la función pública que prestan; la vinculación a la entidad estatal está dada por un nombramiento y posesión de manera consecuencial implica la asignación de unas funciones y la prestación de un servicio en nombre de la entidad pública; por lo tanto es esencial tener claro el concepto de servidor público y la trascendencia que tiene en los procesos de contratación estatal bajo la premisa de la responsabilidad que se les atribuye en especial a los representantes legales de las entidades estatales que se encuentran sometidas al régimen de contratación, como ordenador de gasto (Ley 80,1993, art.51) quien ostenta una responsabilidad de carácter disciplinaria, civil y penalmente por las acciones , omisión u extralimitaciones causadas durante el proceso de contratación estatal.

En el marco de la función pública, es importante resaltar las actividades asignadas que cumplen los funcionarios con el fin propiciar la satisfacción de las necesidades de los administrados, para mayor claridad, los autores Martínez, Cárdenas & Ramírez, Mora y la

Corte Constitucional consideran:

> Función pública, es la expresión que desde el punto de vista jurídico ha servido para identificar esta faceta de la administración relacionada con la gestión del talento humano, vale decir, de las personas que, bajo diversas modalidades, se encuentran vinculadas al Estado. En la constitución de 1991 se advierte que esta expresión ha adquirido rango constitucional, puesto que una vez se ha definido la estructura del Estado (Martínez, Cárdenas & Ramírez, Mora, 2008, P, 23).

La corte constitucional considera que:

> El ejercicio de la función pública se sustenta en una relación de confianza, en la que existe un sujeto colectivo o individual que la confiere a otra persona para que colabore en la gestión de intereses colectivos. Bajo ese esquema, puede identificarse una "cadena de confianzas" que se extiende a todos los sujetos que ejercen cargos públicos y que, de este modo, se convierten en mandatarios directos o indirectos de los ciudadanos y de la sociedad en general, quienes además son los destinatarios del bienestar generado por el cumplimiento de los fines del Estado (Corte Constitucional, sala plena, Sentencia C-101, 2018).

Es a partir de la relación de confianza que se genera en el marco de la prestación del servicio público por parte de la entidad estatal o el particular que se convierte en el colaborador del estado para el cumplimiento de los fines, los conlleva bajo el principio de moralidad administrativa aplicar en los procesos de contratación estatal los principios de transparencia, economía y responsabilidad (Ley 80, 1993, arts. 24-26); como los principios de la función pública como igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad contemplados en el Art 209 de la Constitución Política de 1991 (C.P., 1991, art. 209).

1.3 Funciones preventivas de las Personerías Municipales de sexta categoría en la contratación estatal.

La función preventiva de las Personerías Municipales viene acompañada de un conjunto de acciones y propósitos que se encuentran en el marco de la vigilancia, observancia , garantía y control propio de estas agencias del Ministerio Público, el cual se ha investido y ha evolucionado en el trascurso de los años, pues la defensa del interés general, patrimonio público y la vigilancia de las conductas oficiales de las entidades estatales y servidore públicos, son una de las funciones más importantes como coadyuvante del Estado Colombiano para el cumplimiento de sus fines, en especial en materia de contratación estatal, medio por el cual se materializa la administración e inversión de los recursos públicos asignados a cada una de las entidades estatales sujetas a control.

La Real Academia Española (2023) define el concepto de prevenir como "prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio "[6], si bien es cierto la labor

6 Real Academia Española. 2023.https://dle.rae.es/prevenir.

preventiva de las Personerías Municipales no se encuentra descrita de manera taxativa en la Constitución o la Ley, es a partir de la vigilancia administrativa de la conducta oficial de los servidores públicos en el marco del ejercicio de la función pública que surge la necesidad de prever la vigilancia del ejercicio o prestación del servicio público que corresponde al cumplimiento de las fines del estado, garantía de derechos y en consecuencia el buen manejo de los recursos públicos necesarios.

Fuente: elaboración propia. Montoya Angel.2022

Las Personerías Municipales, como agentes del ministerio público trabajan de manera articulada con la Procuraduría General de la Nación, es por esta razón que se ajusta a las directivas y lineamientos que expide la misma, en especial en el ejercicio de la función preventiva que les asiste, pues si bien es cierto, las Personerías Municipales no han implementado un sistema integral de prevención, creado inicialmente por el Procurador General de la Nación mediante Resolución 490 de 2008, modificada por las Resoluciones 412 de 2009 y 213 de 2010, posteriormente derogadas por la Resolución 132 de 2014, a la luz de lo establecido en el Artículo 207 de la Constitución Política y conforme al numeral 7 del artículo 70 del Decreto Ley 262 de 2000. en razón al principio de Coordinación regulado en el numeral 9.6 del Articulo noveno de la Resolución 132 de 2014, "con el fin de lograr mayor eficiencia y cobertura en la gestión" (Procuraduría General de la Nación, Resolución 132 de 2014); es por esta razón que ha implementado un modelo de gestión en la función preventiva que tiene tres parámetros diseñados como línea base para cumplir la misionalidad de la entidad; bajo el contexto de conceptualización ha establecido los siguientes lineamientos:

> En primer lugar, el fortalecimiento del proceso preventivo, entendiendo por esto el desarrollo de la estructura y el adecuado manejo de los recursos de que se dispone para la ejecución de la acción preventiva.
>
> En segundo lugar, la creación y desarrollo de una sólida capacidad para gestionar conocimiento, en tanto prevenir es, ante todo, el resultado de conocer los factores de riesgo de la ocurrencia de los hechos o comportamientos que implican la violación o vulneración de un derecho.
>
> En tercer lugar, el despliegue de sistemáticas campañas de formación y capacitación para la debida apropiación e implementación del nuevo modelo que se propone (Asociación Marqués y Uriza -Sphera Consulting & PGN Economía Urbana Ltda., 2014, p. 13).

Es por esta razón, que la vigilancia preventiva tiene como finalidad adelantarse a la ocurrencia de los hechos a través de diferentes acciones que le permiten al agente del Ministerio público, conocer los factores de riesgo, advertir al funcionario, capacitar, verificar el cumplimiento de las normas y principios que hacen parte de la función administrativa , contribuir al mejoramiento de la gestión pública y en el caso en que se dé la ocurrencia del hecho, podrá evitar que el mismo se siga multiplicando y causando un daño por medio de acciones de mitigación; de igual manera la labor preventiva permite identificar hallazgos y dar trámite disciplinarios ante la advertencia de la comisión de una falta disciplinaria por parte del funcionario público o contratista sujetos a vigilancia y control.

Posteriormente , se expide la Resolución 480 de 2020, por medio de la cual se "adopta la política y directrices para el ejercicio de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en la Contratación Pública y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado" (Procuraduría General de la Nación , Resolución 480 de 2020), hace énfasis a la vigilancia preventiva de la Procuraduría General de la Nación en los procesos de contratación , velará por el cumplimiento de los principios de la contratación pública, esta vigilancia inicia de manera primordial desde la etapa precontractual, es decir, desde el momento de la planeación; selección y hasta la adjudicación, etapa contractual (ejecución del contrato y hasta la finalización del plazo del contrato), la etapa postcontractual (liquidación o hasta el vencimiento de las garantías, cuando los hechos denunciados o conocidos lo ameriten), el funcionario debe dejar registro de las labores adelantadas en el ejercicio de la labor preventiva y las razones que lo motivaron a iniciarla y la afectación al patrimonio público, vulneración al ordenamiento jurídico, violación de derechos fundamentales y garantías a los ciudadanos; es importante resaltar que el funcionario que se encuentra realizando dicha función preventiva no se encuentra facultado para emitir conceptos, realizar acciones que implique una coadministración, es decir, deberá respetar la autonomía de la voluntad de la entidad territorial o particular que ejerce función pública y los límites legales y jurisprudenciales establecidos en el ejercicio de su labor preventiva.

Esta Resolución (Procuraduría General de la Nación , Resolución 480 de 2020, art. 11) faculta de manera exclusiva al Procurador(a) General de la Nación, durante el

ejercicio de la labor preventiva para solicitar a las Entidades la revocatoria de los actos administrativos expedidos durante el proceso de contratación, en cualquiera de sus etapas, en que se encuentre conforme a lo regulado en el numeral 37 del artículo 7 del Decreto-Ley 262 de 2000 , modificado por el Decreto 1851 de 2021, en el cual el funcionario deberá analizar las causales previstas y los términos perentorios en cada una de las etapas en que se encuentre el proceso de contratación objeto de vigilancia preventiva.

Es claro que las Personerías Municipales no tienen asignada la función preventiva en la Constitución o Ley, por ello es desarrollada en virtud al principio de coordinación; sin embargo, no tiene la competencia para solicitar a las Entidades la revocatoria de los actos administrativos expedidos durante el proceso de contratación ya que es una competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación asignada por la Ley.

De igual manera faculta al operador preventivo de advertir a la entidad sujeta de control de la posibilidad de suspender un proceso de contratación en curso, en cualquiera de sus etapas por vulneración al ordenamiento jurídico, interés y patrimonio público, lo cual traerá consecuencias patrimoniales, es decir, costos económicos por la suspensión del proceso y violación al régimen contractual; de igual manera hace referencia a la facultad que tiene el Procurador(a) General de la Nación para solicitar la suspensión de actuaciones administrativas en el desarrollo de un proceso disciplinario en razón a lo establecido en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002. (Procuraduría General de la Nación, 2020, Resolución 480, articulo 12).

Con la entrada en vigencia de la Ley 1952 (2019), modificada por la Ley 2094 (2021), Nuevo Código general disciplinario, el articulo 219 faculta al Personero Municipal para que en el curso de un proceso disciplinario adelantado por el mismo funcionario, pueda adoptar como medida preventiva "la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público" (Ley 1952, 2019, art. 219).

1.4 Función preventiva como veedor del tesoro público.

Una de las funciones trascendentales del Personero Municipal en la administración pública y que ha tomado fuerza en los últimos años, es la que le ha encomendado en el Artículo 24 de la Ley 617 (2000), en calidad de veedor de tesoro público, el cual hace referencia al ejercicio del control de la gestión fiscal y resultado de la administración municipal en lo que corresponde a la buena inversión de los recursos, lo cual está ligado a la vigilancia administrativa en los procesos de contratación estatal; ya que se le asignan las siguientes funciones específicas entre ellas velar por el cumplimiento de los principios rectores de la contratación administrativa establecidos en la ley, tales como: transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual y selección objetiva, realizar las visitas,

inspecciones y actuaciones que estime oportunas en todas las dependencias de la administración municipal para el cabal cumplimiento de sus atribuciones en materia de tesoro público municipal, evaluar permanentemente la ejecución de las obras públicas que se adelanten en el respectivo municipio (Ley 617, 2012, art. 24).

La función que ha sido investida al personero Municipal como veedor del tesoro público, como agente local del ministerio público no desplaza o usurpa la función de control fiscal que asumen las contralorías de orden municipal o departamental para aquellos municipios que no tienen contralorías municipales, tal como ha analizado la Corte Constitucional en la sentencia C 1105 (2001) hace parte del Ministerio Publico de manera autónoma y tiene competencia de orden municipal, por lo que se puede determinar que el ejercicio de las funciones asignadas en la Ley 136 (1994), entre ellas el ejercicio de vigilancia de las conductas oficiales de los servidores públicos y de las funciones administrativas corresponden de manera armónica a las funciones asignadas en el Artículo 24 de la Ley 617 (2000).

Ahora bien, esta labor se materializa con una buena intervención del agente del ministerio público, bajo la premisa de que la vigilancia conduce al cumplimiento de planes, proyectos que se encuentran en el marco de una política pública, de esta manera se garantiza el goce y protección de derechos; razón por la que la Ley le otorga la facultad de intervenir en cada uno de los procesos administrativos en defensa del patrimonio público para asegurar el cumplimiento de lo fines del estado en condiciones de calidad, oportunidad a través de diferentes actividades como: solicitud de información a los funcionarios públicos encargados del proceso, realizar visitas especiales preventivas, verificar la ejecución presupuestal, disponibilidades, compromisos, reservas, pagos a proveedores y contratistas, realizar visitas a las obras que se estén ejecutando en el Municipio, verificar los recursos si sean destinados a los beneficiarios de los programas requerir, informar los hallazgos e irregularidades a los entes de control .

El personero Municipal debe propiciar la constitución de veedurías ciudadanas conforme a lo establecido en la Ley 850 (2003), como uno de los mecanismos de participación ciudadana que permite la intervención activa de los ciudadanos realizar una labor de control social a la gestión pública de las entidades para que garanticen la prestación de servicios públicos y satisfacción de necesidades en todos los ámbitos social, cultural y económico a partir de la construcción de un tejido- social humano en condiciones dignas correspondientes a la garantía de derechos propios de un estado social de derecho. (Ley 850, 2003, art.1). En consecuencia:

> Los representantes legales de las entidades públicas o privadas encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público deberán por iniciativa propia, u obligatoriamente a solicitud de un ciudadano o de una organización civil informar a los ciudadanos y a las organizaciones civiles a través de un medio de amplia difusión en el respectivo nivel territorial, para que ejerza la vigilancia correspondiente.

(Sánchez, Cárcamo, 2021, P. 28).

1.5 Función de vigilancia de la conducta oficial de servidores públicos y función disciplinaria en el marco de la contratación estatal.

Corresponde a las Personerías Municipales ejercer vigilancia de quienes desempeñan funciones públicas, preferentemente la función disciplinaria con respecto a los servidores públicos municipales y adelantar las investigaciones correspondientes bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales (Ley 136, 1994, numeral 4, articulo 178); el concepto de servidor público está dado a la vinculación laboral que tiene con el estado y la función que presta en cumplimiento de los fines esenciales del estado, Rodríguez Rodríguez (2017), afirmó que " los sujetos que prestan sus servicios al Estado pueden hacerlo a través de diversas vinculaciones, sin embargo, la principal de ellas corresponde a la del servidor público" (P.464) .

Son servidores públicos en el Estado Colombiano según la Constitución Política (1991) "los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios", la asignación de las funciones y la responsabilidad está dada por la constitución y la Ley (C.P., 1991, art. 123).

En materia de contratación estatal, la conducta oficial de los servidores públicos se encuentra ligada al principio de responsabilidad desarrollado en el artículo 26 de la Ley 80 (1993), se les atribuye la obligación de velar por los fines esenciales del estado, garantizar los derechos de la entidad, contratistas y demás entidades en especial asumir la dirección y manejo del proceso contractual, vigilar la ejecución contractual , responder por sus acciones u omisiones e indemnizar los daños causados; de igual manera atribuye responsabilidad a los contratistas por el violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones. De igual manera el Articulo 51 en la norma de referencia, asigna una responsabilidad al servidor público de manera disciplinaria, civil y penal por sus acciones y omisiones en el proceso de contratación estatal (Ley 80, 1993, arts.26- 50).

La titularidad de la potestad disciplinaria de las Personerías Municipales, es una competencia asignada en el artículo 2 de la Ley 1952 (2019), modificada por el artículo 1 de la Ley 2094 (2021), Manrique Reyes expresa:

> Es conveniente recordar que la Corte Constitucional ha precisado que el derecho disciplinario "pretende garantizar 'la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo'; cometido este que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política, porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpla los principios de 'igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad' a que hace referencia la

norma constitucional" [7](Manrique Reyes , 2012, P.225)

Por esta disposición normativa se constituye el poder es preferente de esta agencia del ministerio público, es decir, tiene competencia con respecto a los funcionarios y contratistas que cumplen funciones públicas de orden municipal (excepto el alcalde y los concejales), quien deberá salvaguardar el cumplimiento de los principios de la administración pública en el ejercicio de sus funciones, acatar los deberes y prohibiciones contemplados en la Constitución y la Ley, queda sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos, recusaciones y demás situaciones que la violación de estos sea por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones da lugar a la constitución de la falta disciplinaria; razón por la que se impone sanción disciplinaria y por lo tanto el personero Municipal debe realizar el procedimiento establecido en la Ley, garantizando los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política (1991) en el marco de la dignidad humana y el debido proceso.

Uno de los factores esenciales para analizar en esta investigación es el alcance de la responsabilidad disciplinaria que tiene el funcionario público o contratista en los procesos de contratación estatal como una consecuencia de un comportamiento sea por acción, omisión o extralimitación de sus funciones, el cual está ligado a la ilicitud sustancial, es decir, a la afectación del deber funcional; para mayor comprensión del tema Rodríguez Tamayo conceptúa lo siguiente:

> Los típicos deberes funcionales específicos son todos aquellos que se derivan de la Ley 80 de 1993, el Decreto 1082 de 2015 o aquellos que están incluidos en los manuales internos de contratación o en ciertas normas especiales como por ejemplo el Decreto 092 de 2017 o el Decreto 393 de 1991, tales, por ejemplo, como la elaboración de estudios previos, la obtención de certificado de disponibilidad presupuestal., etc. (Rodríguez Tamayo, 2020, P. 87)

Estos deberes guardan relación directa en el ejercicio de la función pública contractual con los deberes funcionales de carácter general, por lo que el cumplimiento de estos versa de manera transversal ya que debe referirse a la aplicación de disposiciones normativas que no están reguladas de manera específica en la norma especial de contratación estatal, pero si es necesaria su aplicación dada la naturaleza del proceso contractual.

Por lo tanto, corresponde al Personero Municipal la observancia y el cumplimiento de las reglas establecidas por parte de los funcionarios públicos en cumplimiento de sus deberes; ya que durante cada etapa del contrato estatal los servidores públicos están llamados a cumplir con unos deberes especiales que se encuentran debidamente establecidos en la Ley 80 (1993), Ley 1150 (2007), Ley 1508 (2012), los cuales son imprescindibles en el proceso. El contrato estatal tiene 3 etapas que han sido debidamente estructuradas por disposición normativa, se han denominado de manera secuencial, tales como: 1. Precontractual que hace referencia a la Planeación y selección del contratista. 2.

7 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-948 (2002), Álvaro Tafur Galvis M.P.

Contractual que se refiere a la celebración del contrato y la ejecución en cumplimiento de las obligaciones establecidas por las partes en el contrato estatal. 3. Post Contractual, en la cual una vez finalizada o cumplida la etapa de ejecución del contrato se procede a la liquidación del mismo.

A partir del principio de necesidad de las entidades públicas en el ejercicio de la función pública nace el proceso contractual; en el cual se identifican claramente cuáles son las necesidades de la comunidad a satisfacer, la obra para construir, el bien para adquirir o el servicio a prestar a la luz de los principios plasmados en la carta política (1991); el ordenador del gasto con su equipo de profesionales encargados del proceso de contratación deben cumplir con unos deberes funcionales desde cada una de sus dependencias para llevar a cabo el proceso de contratación.

Para mayor precisión, la corte constitucional ha definido la etapa de planeación contractual de la siguiente manera:

> la planificación y ejecución del contrato estatal nace con los estudios previos, la entidad pública analiza la conveniencia y justificación de la contratación, en consecuencia, debe estudiar la viabilidad técnica, económica, ambiental, e impacto dentro de la comunidad. Dichos estudios se fijan en los parámetros del mercado, se establece un marco de referencia en cuanto a precios no solo para la administración sino para quienes desean participar en la oferta (Corte Constitucional, sala plena, Sentencia T-442, 2014).

La etapa de planeación, ha jugado un rol fundamental en los procesos de contratación estatal; ya que la entidad pública tiene la responsabilidad de identificar claramente cuál es su necesidad y debe establecer las reglas claras en el proceso que adelanta con el fin de que sea sólido, bien estructurado, eficaz, garantice la satisfacción del interés y la protección del patrimonio público como tal, la violación al principio de planeación puede afectar gravemente los procesos de contratación, como por ejemplo se puede presentar el fenómeno de fraccionamiento del contrato y esto puede implicar afectación al presupuesto y un posible detrimento patrimonial que finalmente puede repercutir en contra del ordenador del gasto, su equipo interdisciplinario y al contratista dado a la responsabilidad que se genera sea fiscal, disciplinaria o penal, asunto que se desarrollará en el proceso de investigación y sus consecuencias.

La falta disciplinaria se define como aquellas conductas que " conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley" (Ley 1952, 2019, art. 26); el Doctor Pinzón Navarrete hace un breve análisis de la ilicitud sustancial y los elementos que constituyen la conducta disciplinable en relación a la afectación del deber funcional, por lo tanto expone:

> Toda falta disciplinaria, cualquiera que ella sea, lleva implícito el desconocimiento del deber funcional. Es decir, si se incumple un deber, se

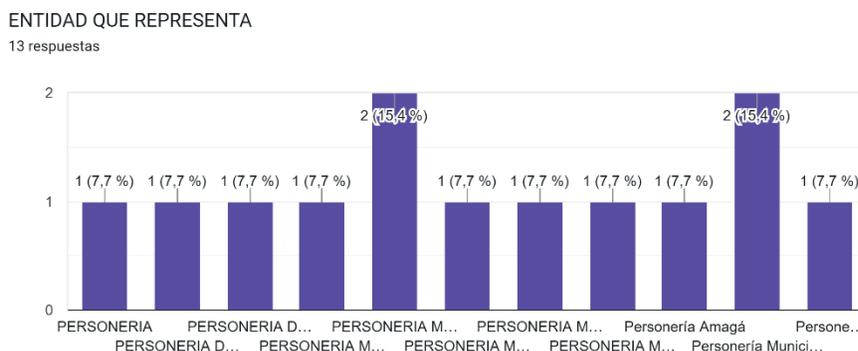
> infringe el deber funcional; si se incurre en una prohibición, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de una función, se infringe el deber funcional; y si se incurre en cualquier comportamiento previsto por el legislador como falta, se infringe el deber funcional.
>
> Por lo tanto, la expresión deber funcional es un concepto que recoge todas las posibilidades de falta disciplinaria. Esta afirmación permite distinguir entre el deber funcional y aquellos conceptos que están relacionados únicamente con los deberes del servidor público y con las funciones que cada uno debe cumplir conforme al respectivo manual expedido por la entidad". (Pinzón, Navarrete, 2018, P.42).

Se constituyen como faltas gravísimas en el Código General Disciplinario (Ley 1952, 2019, art. 54). la celebración contratos de prestación de servicios en el cual implique el cumplimiento de una función pública o administrativa que requiera permanencia de tiempo completo, subordinación y ausencia de autonomía del contratista, tramitar; incurrir en las causales de incompatibilidad e inhabilidad previstas en la Constitución o ley, causar detrimento patrimonial en violación a los principios de la contratación pública y de la función administrativa en la etapa pre o contractual; declarar caducidad del contrato y aplicar urgencia manifiesta sin el cumplimiento de las causales establecidas en la Ley, no exigir en calidad de supervisor e interventor del contrato, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad o certificar como recibida de manera satisfactoria una obra no ejecutada; de igual manera atribuye al supervisor e interventor el deber de informar a la entidad los hechos que puedan ser constitutivos como actos de corrupción que han sido tipificados como conductas punibles y puedan afectar el cumplimiento del contrato o cuando se presente el incumplimiento.

1.6 Las problemáticas advertidas para el ejercicio de seguimiento y control en los procesos contractuales y/o propuestas de solución

Con el fin de conocer las experiencias profesionales vividas en el ejercicio del cargo como Personeros Municipales de categoría sexta en Colombia, como muestra real de este proceso de investigación, se realiza un cuestionario Google forms y se socializa con trece (13) Personeros Municipales de la región del suroeste Antioqueño del Departamento de Antioquia (Colombia), en el cual indagó de las condiciones y capacidades en que se encuentran cada una de estas instituciones en el cumplimiento de las funciones asignadas y las actividades establecidas en sus planes de acción en cada vigencia, en especial al proceso de vigilancia y control de la contratación estatal; para así analizar los resultados de la recolección de datos y finalmente evaluar si las Personerías Municipales de los Municipios de categoría sexta tienen la capacidad técnica y financiera de realizar un seguimiento y control preventivo y disciplinario a los procesos contractuales de las entidades Públicas sujetas a su control territorial.

Durante la recopilación y el análisis de la información suministrada se garantizó la protección de datos personales y confidencialidad de la información conforme a lo establecido en la Ley 1581 de 2012; en consecuencia, se obtuvieron los siguientes resultados:

A continuación, se presenta la gráfica N°1, en el cual se evidencia el número de Personerías Municipales de categoría sexta abordadas (13) con respecto al número de respuestas dadas al cuestionario que contiene diez (10) preguntas abiertas semiestructuradas, se obtiene el siguiente resultado:

Grafica N° 1. Adaptada de formulario forms, elaboración propia Montoya. Angel. 2022.

1. Planta de cargos por la cual está conformada la Personería Municipal: se indica que doce (12) tienen dos (2) funcionarios, el cargo de Personero y secretario, uno (1) de los trece (13) no tiene creado el cargo de secretario, pero tiene un (1) contratista. La formación académica del Personero Municipal es Abogado, cuatro (4) indican que tienen postgrado (especialista); referente a la formación académica del secretario indicaron: cuatro (4) tienen formación en bachiller, seis (6) técnico en áreas diferentes al derecho, tres (3) no indicaron.

2. Número de acciones preventivas que se han realizado a los procesos de contratación estatal a las entidades descentralizadas sujetas de control en los últimos seis (6) meses: siete (7) no han realizado ninguna, tres (3) han realizado una (1), una (1) ha realizado dos (2), una (1) ha realizado cuatro (4), una (1) ha realizado más de cinco (5). Las acciones preventivas realizadas consisten en: revisión de plataforma SECOP I y II, asistencia a audiencias propias de procesos de contratación, solicitud de documentación a contratos e informes de interventoría o supervisión, visitas administrativas especiales a obras, oficinas y archivo, solicitud de cumplimiento de plazos de obra pública, revisión de informes de supervisión e interventoría.

3. Hallazgos de carácter disciplinario, penal, fiscal evidenciados: once (11) no evidenciaron hallazgos de carácter disciplinarios, uno (1) se encuentra

tramitando nueve (9), uno (1) evidencio posible hallazgo, pero se declaró impedido por lo tanto no se compulsaron copias, uno (1) evidenció hallazgo de tipo disciplinario que se encuentra para tramitar debido a la sobrecarga laboral.

4. visitas y evaluaciones que se han realizado a las obras publicas que se están ejecutando en el Municipio en los últimos seis (6) meses: nueve (9) no han realizado, dos (2) realizaron una (1) visita, uno (1) realizó dos (2) visitas, uno (1) realizó cuatro (4); estas actividades tuvieron un impacto positivo por cuanto se evidencia un (1) hallazgo en articulación con la Contraloría General de Antioquia y agilizó el termino de ejecución de la obra pública.

5. Se formula la siguiente pregunta ¿considera usted que los funcionarios adscritos a la planta de cargos de la Personería Municipal tienen la capacidad técnica para realizar visitas y evaluaciones a las obras públicas que se están ejecutando en su municipio? se obtienen las siguientes respuestas: once (11) expresan que no se tiene la capacidad técnica porque consideran que el personero municipal tiene el conocimiento jurídico e idoneidad para realizar una revisión jurídica a los procesos de contratación, pero no el técnico, por lo tanto se ve limitado para realizar observaciones de arquitectura, civiles, eléctricas, financieras, de ejecución de obras, no se cuentan con los recursos presupuestales para contratar personal profesional que realice seguimiento a la ejecución de las obras, uno (1) expresa que no se tiene la capacidad técnica, pero si se tiene el apoyo de la Procuraduría General de la Nación para realizar dictamen e inspecciones, uno (1) no da respuesta.

6. Dificultades o limitaciones en el ejercicio de seguimiento y control preventivo en materia de contratación estatal: los trece (13) Personeros Municipales de manera consensuada consideran que la falta de elementos y conocimientos técnicos para evidenciar desviaciones en las fases previas de la contratación cuando estos son de carácter técnico como obras, salud, entre otros; de igual manera la falta personal idóneo, calificado es decir, de profesionales y de personal de apoyo para el ejercicio del control eficiente; a parte de la función como veedor del tesoro, las Personerías Municipales ejercen más funciones de relevancia local, que impiden el desarrollo efectivo y oportuno a la contratación estatal del ente territorial, sus múltiples funciones implica falta de tiempo; ya que se maneja un alto nivel de usuarios y el tiempo es limitado, de igual manera la falta de recursos que permitan desarrollar la labor de manera especializada y falta de conocimientos insuficientes para el abordaje del tema, es decir, falta mayor formación y capacitación en materia de contratación estatal.

7. Numero de procesos disciplinarios tramita en su despacho por violación al régimen de contratación en el municipio y mayores obstáculos presentados en el ejercicio de su labor como operador disciplinario: tres (3) no tramitan procesos disciplinarios, dos (2) tramitan 1 proceso, tres (3) tramitan dos (2) procesos, dos (2) tramitan tres (3) procesos, dos (2) tramitan cinco (5) procesos, uno (1) tramita nueve (9) procesos.

Los mayores obstáculos evidenciados son: la falta de personal técnico, específicamente al momento de hora de verificar un contrato de obra pública, por falta de conocimiento en materia de contratación estatal máxime que se debe tener conocimientos

en diferentes áreas distintas a la jurídica para poder hacer una buena aplicación de la normatividad disciplinaria. conocimientos muy técnicos en áreas como presupuesto, contables y financieras.

La falta de personal de apoyo y técnico para impulsar el proceso ya que no hay destinación presupuestal suficiente que permita contratar profesionales expertos en el tema, los constantes cambios en la norma disciplinaria y la falta de recursos humanos y físicos para tramitar los procesos, La principal dificultad es la disponibilidad de tiempo, debido a la multiplicidad de funciones, para dedicarse exclusivamente al trámite de los mismos.

8. Mayor vulneración al régimen de contratación estatal por parte de los funcionarios públicos sujetos a control: de manera consensuada los trece (13) Personeros Municipales, consideran como mayor vulneración la inobservancia del principio de planeación y selección objetiva de los contratistas; en consecuencia se observan estudios previos deficientes, poco rigurosos y exigentes que permitan una buena contratación; ya que consideran que en los municipios no se planea ni se realiza un estricto estudio de oferta y mercado, por esto mismo se ocasiona fraccionamiento del contrato, desequilibrio contractual y multiplicidad de oferentes; de igual manera se evidencian falencias en la supervisión de los contratos, firma de contratos de prestación de servicios profesionales, de suministros y de obra sin el cumplimiento de los requisitos mínimos regulados en el régimen de contratación estatal, violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, Violación al principio de transparencia (Falta de motivación de los actos administrativos), actos de corrupción al momento de seleccionar los oferentes, incumplimiento del objeto y los plazos.
9. Se indaga con respecto a las capacidad técnica y presupuestal para realizar un control eficaz a los procesos de contratación estatal en relación a su condición como Personerías de categoría sexta en Colombia: de manera unánime los trece (13) Personeros de la región consideran que no se tiene dicha capacidad técnica ni presupuestal por las siguientes razones:

Se requiere de conocimientos técnicos para efectivamente adelantar esta clase de procesos, porque precisamente la limitación en recursos técnicos y profesionales los que impiden realizar un control efectivo, sumado a la falta de presupuesto y a las múltiples funciones, lo que impide un control efectivo en materia de contratación, debido a la alta carga laboral que se presenta y a los escasos recursos económicos, dado que el presupuesto asignado es muy limitado por lo que imposibilita la contratación de personal que apoye dicha función; es necesario un apoyo jurídico y uno técnico para completar las múltiples funciones que tienen a cargo, pues el exceso de carga laboral, el alto nivel de insatisfacción de la población y la gran cantidad de vulneración de derechos, se hace necesario priorizar temas de derechos humanos y derechos fundamentales; considerando así que no son expertos en obra pública y no disponen del presupuesto necesario para contratar personal idóneo, sumando la falta capacitación sobre el tema de referencia.

10. Se indaga a los trece (13) Personeros Municipales, con respecto a las estrategias planteadas que son necesarias para el fortalecimiento de las Personerías Municipales de categoría sexta para el ejercicio de seguimiento y control en cumplimiento de su función preventiva y disciplinaria en los procesos contractuales y se obtienen las siguientes propuestas:

10.1. Se hace indispensable el fortalecimiento presupuestal a las personerías municipales y el apoyo legislativo en la carga de funciones que pueden ser ejercidas por otros organismos estatales tales como la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación, Contralorías Territoriales y Departamentales, el Sistema Nacional de Bienestar Familiar SNBF, Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas SNARIV, entre otros.

10.2 Implementar una estrategia de articulación o sinergia entre Procuraduría y la Controlaría General de la Nación por subregión, para que ejecuten solo la labor de control a la contratación estatal, ya que sería más eficiente que conforme a los hallazgos fiscales de controlaría y las quejas de Procuraduría o Personerías, se ejecute la labor de vigilancia y no dejarlo a responsabilidad de las Personerías Municipales.

10.3 Es necesario el fortalecimiento presupuestal, institucional y locativo, así como la implementación de programas de capacitación en estas materias, esto permite mayor especialización y formación en el tema.

10.4 Se requiere definir el papel de las personerías enfocando su actuar en temas puntuales, actualmente cumplen demasiadas funciones y por lo tanto es necesario separar funciones a través de la creación del defensor del pueblo municipal.

10.5 Fortalecer la institución con más recursos y más personal. tener un profesional de apoyo idóneo, surge la necesidad de que se amplie el presupuesto de cada vigencia fiscal a las personerías municipales de sexta categoría de tal forma que pueda mejorar su planta de cargos, es decir, mayor asignación presupuestal y obligatoriedad de vinculación de personal experto de apoyo o asesor para los procesos Disciplinarios, con el fin de delegar a un solo funcionario para el cumplimiento de la labor de control y prevención en materia disciplinaria y de contratación Estatal.

2 | ESTRATEGIAS Y/O SOLUCIONES FRENTE A LAS PROBLEMÁTICAS ADVERTIDAS PARA EL EJERCICIO DE SEGUIMIENTO Y CONTROL EN CUMPLIMIENTO DE SU FUNCIÓN PREVENTIVA Y DISCIPLINARIA PARA LOS PERSONEROS MUNICIPALES DE CATEGORÍA SEXTA EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES EN COLOMBIA.

Evidenciadas las condiciones en las que se encuentran las Personerías Municipales de categoría sexta, con respecto a las capacidades para intervenir de manera preventiva y disciplinaria en la contratación estatal en Colombia, de las cuales se identifican una serie de limitaciones entre ellas la falta de conocimiento jurídico, experticia y profundación en

materia de contratación estatal por parte del Personero Municipal ante la falta de personal en la planta de cargos y la alta carga laboral ante la multiciplidad de funciones, surge la necesidad de proponer estrategias de solución a las problemáticas advertidas; razón por la que a continuación se presenta una propuesta de Guía pedagógica que tiene como objetivo plantear una estrategia de buenas prácticas de seguimiento a los procesos de contratación estatal para los Personeros Municipales en el ejercicio de su labor de seguimiento y control, que le permita verificar la aplicación de la normatividad contractual en cada uno de los procesos contractuales que realiza la entidad estatal sujeta al régimen y el cumplimiento de los fines del estado a la luz de lo establecido en la Constitución Política de 1991.

2.1 Guía de buenas prácticas de seguimiento a los procesos de contratación estatal para los Personeros Municipales.

2.1.1 Principios en la Contratación Estatal.

La aplicación de los principios en materia contractual, se ha consolidado como el punto de partida para la implementación de buenas prácticas durante el proceso de contratación estatal, entre ellas la mitigación del riesgo de corrupción que puede permear el buen ejercicio de la función pública sino la asignación y administración del recurso público como tal. Romero Molina & Moreno Molina (2015) consideran que:

> Los principios están basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.(P.27)

Las entidades estatales sometidas a las reglas de contratación estatal a la luz de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 80 (1993) y aquellas que cuentan con un régimen excepcional al Estatuto General de contratación bajo disposición legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 (2007), deberán aplicar los principios de la Contratación Estatal; estos tienen un desarrollo legal como transparencia, economía y responsabilidad (Ley 80,1993, art.23); desarrollo constitucional en el ejercicio de la función pública como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P., 1991, art.209) y el principio de Planeación que ha tenido desarrollo jurisprudencial y que ha sido la base fundamental en el proceso de contratación, dado que su aplicación es trascendental en la etapa precontractual del proceso, permite la estructuración del mismo a partir de los estudios previos en el cual se identifique claramente la necesidad de contratar bienes y servicios y evitar dilaciones, sobrecostos, perdidas que afecten el patrimonio público.

2.1.2 Etapa Precontractual.

Esta etapa nace con fundamento a la aplicación del principio de planeación que si bien no se encuentra de manera taxativa en la Ley, ni en la C. P. (1991); a través de los años ha tomado trascendencia jurisprudencial que ha marcado precedente en la estructuración del proceso contractual, es importante que la entidad pública al momento de contratar tenga claro el objeto, la necesidad del contrato, las obligaciones que genera, riesgos, alcance presupuestal en la ejecución del mismo; el Consejo de Estado ha estimado que:

> El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado (Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; -01(15603),2008).

La materialización del principio de planeación se ve reflejada en una buena estructuración del proceso a partir de los estudios previos sólidos, fiables y ajustados a la realidad a partir de un buen análisis del sector, matriz de riesgos, se tenga clara la disponibilidad presupuestal, proceso de selección correspondiente conforme a los lineamientos dados por el estatuto legal en materia de Contratación Pública, pues la omisión a la aplicación de este principio puede traer falencias en el proceso contractual, ejecución del contrato, nulidad del proceso, declaratoria desierta, sobrecostos, detrimento patrimonial.

2.1.2.1 Plan Anual de Adquisiciones.

Es a partir del Plan Anual de Adquisiciones, que las entidades públicas al inicio de cada vigencia fiscal deben diseñar, estructurar y publicar; es un instrumento de planeación institucional, pues le permite identificar las necesidades que tiene la entidad para la adquisición de bienes y servicios objeto de contratación, las cuales deberán ser acordes al plan de desarrollo de la vigencia o plan de acción anual, se deberá estimar el valor presupuestal y la fecha en la cual se va a realizar el proceso de contratación.

2.1.2.2 Estudios previos.

Los estudios previos son la base sólida para el proceso de contratación, en especial para el pliego de condiciones (Ley 1150, 2007, Articulo 8), en el sentido de que le permite al proponente o futuro contratista tener claridad con respecto al bien, obra o servicio objeto del contrato, el valor del mismo y los riesgos a prever. Es necesario que en la construcción de los estudios previos se tengan en cuenta los siguientes elementos establecidos en el

artículo 2.2.1.1.2.1.1 de la Ley 1082 (2015), Modificado por el del Decreto 399 (Presidencia de la República, Decreto 399, 2021, Articulo 1).

2.1.2.3 Descripción de la necesidad y objeto.

la entidad contratante deberá estructurar la necesidad a satisfacer a través de la adquisición de bienes y/o servicios y por lo tanto delimitar las condiciones técnicas de la misma; de igual manera deberá tener en cuenta el Plan Anual de Adquisiciones y el Plan de Acción, Plan de Desarrollo Municipal en el caso de las Administraciones Municipales como insumo base a ejecutar los proyectos incorporados.

2.1.2.4 Análisis del sector.

se deberá tener en cuenta las condiciones del mercado, es decir, determinar los factores técnico, financiero, jurídico organizacional de las personas naturales o jurídicas que ofrecen el bien o servicio y verificar el costo económico de referencia.

2.1.2.5 Modalidad de selección del contratista.

deberá realizar el proceso de selección objetiva a través de la licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, mínima cuantía y exponer los fundamentos jurídicos del proceso aplicable. (Ley 1150, 2007, Articulo 2).

2.1.2.6 Presupuesto.

Se verificará a través de la expedición del Certificado de Disponibilidad presupuestal en el rubro especifico, destinado para la celebración del contrato por parte de la entidad pública contratante; esto con el fin de garantizar los principios del gasto público (C.P.,1991, arts 345-347) y se ejecute el valor establecido en el plan anual de presupuesto que corresponde a la vigencia fiscal.

2.1.2.7 Análisis del riesgo y garantías.

La entidad está en el deber de manejar, prever y tipificar los riesgos que se puedan presentar en el proceso contractual y por lo tanto deberá construir un mapa de riesgos y establecer estrategias de mitigación de los mismos en el momento en que se presenten alteraciones al equilibrio contractual o un posible incumplimiento, suspensión del contrato por circunstancias externas que representan un riesgo, una grave afectación al contrato, en consecuencia, paralización del servicio y por lo tanto la entidad estatal deberá establecer cuáles serán las garantías exigibles al objeto contractual.

2.1.2.8 Pliego de condiciones e invitación pública.

Para la construcción del pliego de condiciones, la entidad deberá tener en cuenta

los requisitos definidos en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 (2015), es importante precisar que deberá determinar claramente el objeto y alcance del objeto contractual, el presupuesto asignado que implique un análisis de costos, se establezca un cronograma del proceso contractual que garantice el cumplimiento del mismo y prorrogas a los plazos establecidos; es necesario que se establezcan los requisitos habilitantes en el cual se evidencie las condiciones técnicas, jurídicas y económicas y a su vez establecer los factores de ponderación y evaluación de la propuesta, entre ellos factores de desempate e incentivos; estos deberán ser coherentes, precisos, objetivos y claros que permitan seleccionar la propuesta más favorable para la entidad contratante. La entidad contratante deberá garantizar los principios de contratación estatal, entre ellos la transparencia y la publicidad de los actos administrativos, pliego de condiciones, modificaciones y demás tramites que correspondan al proceso contractual a través del SECOP, en el cual permita la participación de los oferentes y un proceso de selección objetiva (Departamento Nacional de Planeación, Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.1.3).

2.1.2.9. Adjudicación del contrato.

En esta etapa es importante resaltar la función que le corresponde al comité evaluador en los procesos de selección como licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, y a quien designe el ordenador del gasto en los procesos de mínima cuantía, quien tiene la función de verificar y evaluar las propuestas de manera objetiva, en consecuencia, deberá ceñirse a las reglas establecidas en el pliego de condiciones y por lo tanto verificados los requisitos habilitantes en concordancia con los establecidos en el pliego de condiciones y teniendo claridad del objeto contractual, la entidad pública realizará la selección de la propuesta más favorable o que se ajuste a las necesidades del bien o servicio a contratar (Departamento Nacional de Planeación, Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.1.3).

2.2 Etapa Contractual.

El contrato estatal está definido como "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad"; por lo tanto, se inicia el proceso y finalmente se suscribe como un contrato de obra, Consultoría, prestación de servicios, concesión, fiduciario o fiducia pública. (Ley 80, 1993, art. 32); es por esta razón que, agotada la etapa de adjudicación, cumpliendo con el cronograma establecido en el pliego de condiciones, es necesario que se genere por parte de la entidad estatal el registro presupuestal, (Departamento Nacional de Planeación, Decreto 1082, 2015, art.2.2.1.1.2.3.1.); de manera que suscrito el contrato cumpliendo los requisitos de perfeccionamiento del contrato, entre ellos la suscripción del

mismo formalmente el cual genera obligaciones a las partes en el marco de la autonomía de la voluntad, lo cual deberá ser coherente con las condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en especial los estudios previos en el cual se delimita el objeto contractual a ofrecer; de esta manera surge la etapa contractual y en consecuencia la ejecución del contrato como tal.

Durante la ejecución contractual se pueden presentar una serie de situaciones que pueden dar lugar al ejercicio de vigilancia y control por parte de los personeros municipales de manera preventiva y disciplinaria que implica el ejercicio y aplicación de facultades potestativas por parte de la entidad pública contratante; es por esta razón que los agentes del Ministerio público tienen la siguiente facultad:

> Artículo 62. de la intervención del Ministerio Público. La Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del ministerio público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad. (Ley 80, 1993, art. 62).

Es por esta razón que el rol que asumen las Personerías municipales, es trascendental, en especial la garantía del cumplimiento de los principios de la contratación estatal, satisfacción del interés general y las disposiciones constitucionales y legales que tiene la contratación estatal en Colombia; es importante resaltar que la entidad estatal debe ceñirse a los estamentos legales, pero fundamentalmente deberá cumplir los lineamientos establecidos en el manual de contratación adoptado por la entidad, como la carta de navegación para la implementación de buenas prácticas en la ejecución contractual presentadas, como la modificación, terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante, la suspensión, prorroga, adición, cesión, aplicación de procesos administrativos sancionatorios por presunto incumplimiento del contratista, entre otras situaciones que le corresponde a la entidad contratante aplicar la normatividad correspondiente para cada caso en concreto y por lo tanto el Personero Municipal deberá durante esta etapa velar por la aplicación de la misma y en caso de evidenciar irregularidades deberá remitir de manera oficiosa a los demás entes de control para que se inicie proceso y se declare la responsabilidad penal, fiscal y disciplinario según corresponda a cada una de las partes del contrato.

2.2.1 supervisión e interventoría del contrato.

En virtud al principio de Responsabilidad [8]corresponde a la entidad contratante realizar de manera exhaustiva una labor de vigilancia y seguimiento a la ejecución del contrato, tanto en la supervisión en la cual el ordenador del gasto podrá designar a un funcionario público de su entidad, para que en el ejercicio de la función pública quien tenga conocimiento o sus funciones sean coherentes con el objeto contractual; como

8 Ley 80 de 1993. Articulo 26.

en la interventoría quien es un contratista (persona natural o jurídica) contratada por la entidad dada su experticia en el objeto contractual y la Ley lo requiera, deberán realizar seguimiento y control a la ejecución del contrato, en la cual evidencie un seguimiento de carácter técnico, financiero, jurídico por parte del contratista se garantice el cumplimiento del objeto contractual.

Este seguimiento deberá ser a través de solicitud de informes, visitas, solicitudes al contratista en la cual se evidencie la apropiada inversión de los recursos, el cumplimiento de los plazos establecidos en el contrato, generar alertas a la entidad y al contratista en el momento en que se evidencie un incumplimiento, mitigar los riesgos evidenciados, verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas del contrato y cumplimiento del objeto contractual. El debido seguimiento y control por parte del supervisor e interventor prevee el posible incumplimiento del contrato y en consecuencia la aplicación de los instrumentos legales establecidos por la norma como multas, clausulas penales o procesos administrativos sancionatorios.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, el supervisor y/o interventor del contrato son sujetos de responsabilidad civil, fiscal, disciplinaria y penal en el ejercicio de la vigilancia administrativa (Ley 80, 1993, arts, 50-59); por lo tanto le corresponde al Personero Municipal adelantar procesos disciplinarios en contra del supervisor y/o interventor del contrato por el ejercicio de la indebida labor y afectación al deber funcional bajo la comisión de una falta disciplinaria establecidas en el Código General Disciplinario, en especial en los numerales 6 y 7 del artículo 54, en el cual se enuncia de manera taxativa la acción u omisión por parte del supervisor y/o interventor al no exigir la calidad del bien de acuerdo a las especificaciones técnicas, recibir a satisfacción el bien o la obra que no fue ejecutada de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato y en el caso de omitir informar a los entes de control posibles actos de corrupción evidenciados durante la ejecución de la obra. (Ley 1952, 2019, Articulo 54)

a. **Etapa postcontractual.**

2.3.1. Liquidación del contrato estatal.

Culminado el plazo de ejecución del contrato estatal, o cuando se expide acto administrativo de terminación del mismo, se da inicio a la etapa Postcontactual que corresponde a la etapa de liquidación del contrato de conformidad a lo establecido en el art. 11 de la Ley 1150 (2007), en la cual se establece un plazo de cuatro (4) meses; Es importante tener en cuenta que a la luz de la norma, en el momento en que se realiza la liquidación del contrato de manera mutua, es decir, bilateral, el contratista tiene la facultad de hacer aclaraciones durante este periodo y por lo tanto se debe ajustar cuentas, las diferencias económicas y saldos pendientes causados durante la ejecución, se realiza un balance financiero, informe exhaustivo de terminación del contrato, verificar paz y salvo de

acreencias a terceros por daños, reparaciones y prestaciones sociales y seguridad social en el caso de los empleados del contratista.

En el caso en que no se agote la liquidación mutua, la entidad está facultada para liquidar de manera unilateral a la luz de lo establecido en el art. 136 del Código Contencioso Administrativo siempre y cuando las partes no lleguen a común acuerdo y se le haya notificado previamente al contratista o en los dos años siguientes en concordancia con la norma de referencia. (Ley 1150, 2007, Articulo 11).

CONCLUSIONES

Las Personerías Municipales de categoría sexta en Colombia, tienen limitaciones para el ejercicio de sus funciones por cuanto el presupuesto asignado por Ley corresponde a 150 SMLMV para cada vigencia fiscal, en el cual se deben destinar recursos económicos para pago de prestaciones sociales, nómina y gastos generales para su funcionamiento.

La falta de recursos humanos, es decir, personal de apoyo con experticia técnica y profesional en el área de contratación estatal es una de las limitaciones evidenciadas en su labor de control preventivo y disciplinario por lo tanto se constituye un control formal en el marco de la vigilancia administrativa.

La multiplicidad de funciones asignadas por la Constitución y la Ley, como agente del Ministerio sumado a la escasa asignación presupuestal dada para el funcionamiento de esta institución ha conllevado a que el Personero Municipal priorice el cumplimiento de algunas funciones desequilibrando otras generando un incumplimiento de funciones, inobservancia de los procesos contractuales de las entidades sujetas a control y constitución de mora en los tramites disciplinarios.

Es necesaria la expedición de una Ley que promueva el fortalecimiento institucional e interno a las Personerías Municipales de categoría sexta en Colombia, la cual permita el incremento presupuestal, la distribución de algunas de funciones a otras instituciones, la consolidación de planta de cargos con personal experto para la labor de vigilancia administrativa, la implementación de programas de formación académica en temas específicos en materia de contratación estatal y disciplinaria que permita realizar un control integral, contribuyendo al cumplimiento de las funciones misionales de tan importante institución en cada uno de los Municipios.

La implementación de planes estratégicos de capacitación y formación jurídica en materia de Contratación Estatal para Personeros Municipales desde las entidades públicas de orden Nacional y Departamental con mayor capacidad, deben darse en condiciones de accesibilidad y permanencia que permita un proceso de aprendizaje continuo con el fin de garantizar la adquisición de conocimientos referentes al tema y a su vez un ejercicio práctico de seguimiento y control a los procesos de Contratación Estatal por parte de esta agencia del Ministerio Público.

REFERENCIAS

Asociación Marqués y Uriza -Sphera Consulting y PGN Economía Urbana Ltda. (2014) Modelo de gestión de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación. Conceptualización. ISBN: 978-958-58257-3-4. Primera Edición. P.13.

Berrío Restrepo H & Bonilla Botero D. (2016). El personero municipal en Colombia: defensor público de la población local. Universidad autónoma latinoamericana. Recuperado de https://repository.unaula.edu.co:8080/handle/123456789/263.

Manrique Reyes, A. (2012). Estatuto del personero municipal. Guía práctica para la buena gestión de los personeros. Instituto de Estudios del Ministerio Público.p.225.

Manrique Reyes, A. (2019). Estatuto del personero municipal. Guía práctica para la buena gestión de los personeros. Instituto de Estudios del Ministerio Público.p.121.

Martínez, Cárdenas & Ramírez, Mora (2008). Régimen del Servidor Público. Escuela Superior de Administración Pública. p.23.

Palacio Hincapié Juan Ángel. (2020). La contratación de las entidades estatales. 8° edición. p.40

Pinzón, Navarrete. John Harvey. (2018). La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. Concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento. p.42.

Restrepo Tamayo. Jhon Fernando. (2018). Estructura Constitucional del Estado Colombiano. 2da edición. p.155.

Rodríguez Rodríguez, Libardo (2017). Derecho administrativo general y colombiano, 20.ª ed. p. 464.

Sánchez, Cárcamo (2021) La veeduría ciudadana en la construcción de la Paz. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público-IEMP, p.28.

Rodríguez Tamayo, Mauricio. (2020). Derecho Disciplinario de la contratación estatal. Primera edicion.p.87.

Romero Molina & Moreno Molina. (2017) Los principios de la Contratación Pública en la Jurisprudencia del TJUE y del Consejo de Estado Colombiano [título original]. Primera edición.p.27.

Real Academia Española. (2023) tomado de https://dle.rae.es/prevenir.

Constitución política de Colombia [C.P.]. (1991). (34ª Ed). Legis.

Congreso de la República (28 de octubre de1993) Estatuto de Contratación Pública [Ley 80 de 1993] DO: 41.094.

Congreso de la República (2 de junio de 1994). Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. [Ley 136 de 1994]. DO: 41.377

Congreso de la República (6 de octubre de 2000). Ley orgánica de presupuesto. [Ley 617 de 2000]. DO: 44.188 .

Congreso de la República (18 de noviembre de 2003). Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas. [Ley 850 de 2003]. DO: 45.376

Congreso de la República (16 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691

Congreso de la República (10 de enero de 2012). Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. [Ley 1508 de 2012]. DO. 48.308

Congreso de la República (6 de julio de 2012), Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. [Ley 1551 de 2012]. DO: 48.483

Congreso de la Republica (28 de enero de 2019). Codigo General Disciplinario. [Ley 1952 de 2019]. DO: 50.850

Departamento Nacional de Planeación (26 de mayo de 2015). Decreto Unico reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. [Decreto 1082 de 2015].Tomado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=77653

Presidencia de la República (13 de abril de 2021). Se modifican algunos artículos del Decreto 1082 de 2015. [Decreto 399 de 2021]. Tomado de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=161571

Procuraduría General de la Nación. (30 de abril 2014). Función Preventiva. [Resolución 132 de 2014]. Tomado de https://apps.procuraduria.gov.co/gp/gp/docs/r_pgn_0132_2014.htm#:~:text=Por%20medio%20de%20la%20cual,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.

Procuraduría General de la Nación. (16 de diciembre de 2020). Función Preventiva. [Resolución 480 de 2020]. Tomado de https://apps.procuraduria.gov.co/gp/gp/docs/r_pgn_0480_2020.htm

ANEXO JURISPRUDENCIAL.

Corte Constitucional. sala plena (2 de abril de 2001) Sentencia C-365. [M.P. Vargas Hernández].

Corte Constitucional, sala plena. (24 de octubre 2001) Sentencia C 1105 de 2001. [M.P. Montealegre Lynett].

Corte Constitucional, sala plena (4 de julio de 2014). Sentencia T-442. [M.P. Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Plena (24 de octubre de 2018). Sentencia C-101. [M.P. Ortiz Delgado].

Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección Tercera (1 de diciembre de 2008). Rad.01(15603). [C.P. Guerrero de Escobar].

Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil. (19 de septiembre de 2017). Rad. 00(2321). [C.P. Amaya Navas].

CAPÍTULO 13

POLÍTICA E MEIO AMBIENTE: A INFLUÊNCIA DO *LOBBY* NAS DECISÕES LEGISLATIVAS

Data de aceite: 03/07/2023

João Eduardo Branco de Melo
Mestre em Desenvolvimento Regional da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí/RS).

Sandra Beatriz Vicenci Fernandes
Doutora em Ciências do Solo pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Docente do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Desenvolvimento Regional da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí/RS).

Dieter Rugard Siedenberg
Doutor em Geografia Econômica sobre Desenvolvimento Regional – Universitat Tuebingen/Alemanha. Docente do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Desenvolvimento Regional da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí/RS).

Sérgio Luís Allebrandt
Doutor em Desenvolvimento Regional pelo PPGDR/UNISC. Docente do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Desenvolvimento Regional da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí/RS).

RESUMO: O presente estudo pretende analisar a influência do *lobby* no poder legislativo brasileiro, mais especificamente a pressão exercida sobre os presidentes da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, na Câmara dos Deputados e na Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, do Senado Federal. Em um primeiro, momento é necessário caracterizar o *lobby* e de que forma ele atua; posteriormente, é realizada a identificação dos presidentes de cada comissão dentro das casas legislativas e, em seguida, o levantamento de dados de financiamento de campanha de cada um deles. Observamos que nas campanhas eleitorais dos parlamentares estudados atuaram como financiadoras empresas do ramo do agronegócio, da construção civil, do sistema financeiro, entre outros. As empresas destes segmentos realizam influência direta no posicionamento e nas decisões proferidas pelas casas legislativas, pois o fator econômico se mostra um diferencial nas campanhas eleitorais brasileiras.
PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Campanha eleitoral. *Lobby*.

POLITICS AND THE ENVIRONMENTAL: THE INFLUENCE OF *LOBBYING* ON LEGISLATIVE DECISIONS

ABSTRACT: This paper intends to analyze the influence of *lobbying* on the Brazilian legislative power, specifically the pressure exerted on the presidents of the Committee on the Environmental and Sustainable Development, the Chamber of Deputies and the Committee on Environment, Consumer Protection and Inspection and Control, of the Federal Senate. At first it is necessary to characterize the *lobby* and in what way it acts, later the identification of the presidents of each commission within the legislative houses is carried out and then the collection of data of campaign financing of each one of them. We observed that in the electoral campaigns of the studied parliamentarians, companies like agribusiness, civil construction, financial system, among others acted financiers. The companies in these segments have a direct influence on the positioning and decisions made by legislative houses, since the economic factor is a differential in the Brazilian electoral campaigns.
KEYWORDS: Environment. Election campaign. Lobby.

INTRODUÇÃO

Os estudos desenvolvidos por um grupo de pesquisadores, conhecido como "Clube de Roma", nos anos 1960 do Século XX despertaram um maior interesse dos líderes mundiais na questão ambiental. Após a repercussão destes estudos foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, capital da Suécia, no ano de 1972, conhecida como Conferência de Estocolmo, considerada a primeira grande reunião de chefes de Estados organizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) para tratar das questões relacionadas à degradação do meio ambiente.

As questões relativas ao meio ambiente tiveram uma maior visibilidade após a II Guerra Mundial, também com a publicação de estudos na área, assim como as conferências que foram realizadas, mas principalmente depois dos desastres ambientais que aconteceram, por exemplo, o acidente nuclear na cidade de Chernobyl.

Outro fator importante no que se refere às questões ambientais foi a publicação do Relatório de Brundtland em 1987. Alguns anos depois, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na cidade do Rio de Janeiro em 1992, mais conhecida como Rio 92. Esta conferência é considerada como um dos mais importantes encontros voltados à questão ambiental já realizado na história da humanidade.

A partir da redemocratização brasileira e da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a pauta sobre a importância do meio ambiente e de sua preservação foi elevada ao nível constitucional, ou seja, tornou-se um compromisso do Estado e de todos os brasileiros a preservação ambiental.

Após a Constituição Federal e a Rio 92, o país naturalmente começou a pautar as questões ambientais como mais um instrumento que deveria estar presente na política, o que fez com que fossem criadas as comissões que versam sobre o meio ambiente.

Portanto, o presente estudo aborda a investigação dos ramos das atividades que

exercem influência, ou seja, o *lobby*, a partir do financiamento das campanhas eleitorais dos presidentes das comissões sobre o meio ambiente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no Brasil.

Este estudo, além desta introdução, divide-se nas seguintes seções: procedimentos metodológicos a serem utilizados; revisão bibliográfica sobre temas relacionados à política e ao meio ambiente; apresentação da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados (CMADS), e evidenciação dos valores recebidos para utilização em campanhas eleitorais pelos presidentes desta comissão; caracterização da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal, bem como a apresentação das doações recebidas nas campanhas eleitorais pelos presidentes desta comissão; e Considerações finais.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Utilizou-se a revisão da literatura existente sobre as questões políticas voltadas ao meio ambiente, bem como consulta a dados e informações relacionadas à temática definida como foco deste estudo.

Optou-se pela análise de conteúdo de Bardin (2011), como ferramenta metodológica para a consecução dos objetivos deste estudo. A análise de conteúdo pode ser entendida como um conjunto de procedimentos e técnicas utilizadas para a análise das informações prestadas, obtidas de onde o pesquisador irá basear seu trabalho. A análise de conteúdo se desenvolveu a partir do início do século XX, podendo ser realizada de forma qualitativa, quantitativa ou ambas (VERGARA, 2008).

Dessa forma, a análise de conteúdo divide-se em três etapas que são as seguintes: pré-análise que se refere à seleção do material e dos procedimentos a serem seguidos; exploração do material que trata da implementação dos procedimentos; e o tratamento de dados, os quais são analisados e apresentados de forma a confirmar ou não as teorias utilizadas como referências (VERGARA, 2010).

Neste estudo, primeiramente, ocorreu uma pré-análise dos dados obtidos a partir de pesquisas realizadas, visto que a mesma consistiu na seleção dos mesmos. Logo em seguida, foram explorados e analisados os dados e materiais, sendo apresentados a partir nas seções 4 e 5 deste estudo.

POLÍTICA E MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1988 definiu como será realizada a composição do poder legislativo brasileiro, mais especificamente no art. 45, o qual estabelece que a Câmara de Deputados é composta de representantes do povo; no art. 46, define que o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal (BRASIL, 1988).

Portanto, os políticos brasileiros que compõem o Poder Legislativo representam o povo e os Estados e exercem essa representatividade nas comissões específicas de cada casa, tais como a Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Porém, quando se observa de maneira mais atenta e profunda sobre esse papel, é perceptível que muitas vezes o interesse da população, como um meio ambiente limpo e adequado, não é defendido da maneira que deveria ou como o povo gostaria, e em muitas situações isso pode ser constatado no discurso, em algum posicionamento ou nas votações dos políticos que ocupam os cargos de confiança e que definem os rumos do país.

Diante dessa situação, a pergunta que surge por parte dos cidadãos parece muito simples: por quê? Entretanto, tal resposta nem sempre se mostra límpida e transparente. Desse modo, uma das situações que podem ser ressaltadas refere-se à influência que grupos empresariais e outros *stakeholders* efetuam sob os políticos, com o intuito de, no futuro, exercer pressão para a aprovação ou não de leis, políticas públicas e outras formas de privilégios. Essa situação, guardadas as devidas proporções, pode ser entendida como uma forma de *lobby* na atuação dos políticos brasileiros.

Mostra-se necessária a definição de *lobby*, termo que, de acordo com o dicionário Michaelis, é a atividade de pressão por parte de um grupo organizado, a fim de exercer influência no voto de parlamentares, conforme determinados interesses.

O presente trabalho pretende analisar os políticos que são presidentes das comissões que versam sobre o meio ambiente e as doações que eles receberam de financiamento de campanha, procurando identificar os financiadores e também o *lobby*, ou seja, os reais interesses e interessados que estão sendo representados no Poder Legislativo brasileiro. "Apesar de todos os temores envolvidos, as doações de empresas se tornaram um importante meio de identificar e compreender o entrelaçamento de determinados setores da sociedade com os partidos políticos e nossos candidatos" (BORGES, 2016).

Em alguns países o *lobby* é legalizado e considerado uma atividade profissional exercida por diversas pessoas. Já no Brasil, o *lobby* pode configurar-se como crime, caracterizando-se em uma contravenção à lei[1].

Na concepção de Diniz e Boschi (1999, p. 20), a ação dos lobbies está,

> [...] em grande parte, associada à corrupção, aliciamento, tráfico de influência, enfim, a uma forma ilícita de pressão. Esta é a imagem pública dominante. Entre os políticos, não se observa esse grau de rigidez, observando-se diferentes matrizes na avaliação dos efeitos do *lobbying*. Tal diversidade inclui desde que os consideram que os efeitos negativos decorrem principalmente do fato de a atividade não estar regulamentada, até os que percebem tal prática como inerentemente ilegítima e prejudicial.

1 Cabe destacar aqui o PL nº 1.202/2007 de autoria do Deputado Carlos Zarattini (PT/SP) que está pronta para ir ao plenário e visa a disciplinar a atividade do *lobby* e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse. Neste mesmo sentido, o senador Romero Jucá (PMDB/RR) propôs a Proposta de Emenda à Constituição nº 47/2016, denominada PEC do *lobby*, que pretende alterar a Constituição Federal para regulamentar a atividade de representação de interesses perante o Poder Público.

No Brasil, as campanhas eleitorais têm um alto custo, o que revela que um cargo público é alvo de muita disputa e os políticos, nas eleições de 2014, eram autorizados a receber doações privadas com o intuito de financiar suas campanhas eleitorais[2], visto que na época esta era uma prática legítima no ordenamento jurídico brasileiro. No ano de 2015, foi criada a Lei nº 13.165 que visa, entre outras coisas, à redução dos custos das campanhas ao estabelecer limite de gastos e também ao proibir o financiamento de campanha por parte de empresas ou grupos empresariais[3].

Sobre as doações privadas a campanhas eleitorais, Sztutman e Aldrighi (2012, p. 3) alertam que

> Apesar de serem um mecanismo legítimo de participação política, doações privadas podem ser motivadas pela expectativa dos doadores de influenciar as decisões dos candidatos quando eleitos, corrompendo a democracia em pelo menos dois aspectos. Primeiro, tornam os cidadãos politicamente mais desiguais, pois favorecem os candidatos que possuem mais recursos ou relações mais próximas com empresários. Em segundo lugar, os financiadores de campanha ficam na posição de "credores" dos candidatos eleitos, compelindo-os a decisões políticas enviesadas.

Essa situação acaba enfraquecendo a democracia e suas instituições nos diferentes poderes, tanto no legislativo como no executivo. As doações privadas podem, em determinadas situações e assuntos, condicionar as decisões dos agentes políticos aos interesses dos financiadores de suas campanhas eleitorais, provocando um desequilíbrio de poderes na sociedade.

Ainda nesse contexto, Diniz e Boschi (1999, p. 5) ressaltam que:

> As conexões entre interesses empresariais e a esfera governamental assumiriam preponderantemente a forma de vínculos pessoais, em que a participação de empresários nas instâncias decisórias se faria não na qualidade de representantes de classe, mas enquanto lideranças de prestígio ou dirigentes de empresas dotadas de forte peso econômico.

Accioly e Sánchez (2012, p. 103) define que os grupos ou indivíduos

> [...] se organizam para exercer pressão a favor da flexibilização da legislação ambiental e do desmonte do aparato público administrativo para a gestão ambiental, assim como a redução de verbas públicas para a fiscalização; adotam a política do "fato consumado" para a aprovação de leis a seu favor; atacam movimentos ambientalistas, desqualificando-os pretensamente em prol da "soberania nacional" e do "interesse social relevante", gerando confusão e confundindo a opinião pública deliberadamente.

As comissões parlamentares da Câmara dos Deputados e do Senado Federal podem ser permanentes ou temporárias, com funções legislativas e fiscalizadoras, na

---

2 O financiamento de campanha no ordenamento jurídico brasileiro é definido pelas seguintes leis: nº 9.504/97, nº 11.300/2006 e nº 13.165/2015.

3 Art. 20. "O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha usando recursos repassados pelo partido, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas, na forma estabelecida nesta Lei" (BRASIL, 2015).

forma definida pela Constituição Federal e nos seus respectivos regimentos internos. No cumprimento dessas duas funções básicas, de elaboração de leis e de acompanhamento das ações administrativas, no âmbito do poder executivo, as comissões promovem, também, debates e discussões com a participação da sociedade em geral, sobre todos os temas ou assuntos de seu interesse (BRASIL, 2006a).

É também no âmbito das comissões que se apresentam e se estudam todos os dados, antecedentes, circunstâncias e conveniência de um projeto. Por meio das comissões, esses aspectos sofrem ampla discussão e há mais liberdade para expressão das opiniões e formação do consenso que, emitido sob a forma de parecer da comissão, irá orientar o plenário na apreciação da matéria (BRASIL, 2006a).

Isso significa que as comissões são muito importantes e se mostram como uma arena de debates onde há muitos interesses em jogo. E é dentro dessas arenas que podemos analisar as votações dos políticos membros e a que ou quem eles representam.

COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No ano de 1989, foi criada a Comissão de Defesa do Consumidor e Meio Ambiente na Câmara dos Deputados para discutir temas ligados ao meio ambiente. Já no ano seguinte, acrescentou-se a comissão o tema “Minorias”, o qual foi tratado até o ano de 2004 (BRASIL, 2006a).

Já em 18 de março de 2004, por meio da Resolução nº 20 de 2004, desmembrou-se da então Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, para a instituição da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), da Câmara dos Deputados, com a finalidade de discutir as temáticas relacionadas ao meio ambiente (BRASIL, 2006a).

Os assuntos delimitados como área de atuação a serem discutidos pela CMADS são os definidos no Regimento Interno da Câmara, que são os seguintes: a) política e sistema nacional do meio ambiente; direito ambiental; legislação de defesa ecológica; b) recursos naturais renováveis; flora, fauna e solo; edafologia e desertificação; c) desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2006a).

A comissão é composta de 18 membros titulares, em conformidade com o disposto no Ato da Mesa nº 55/2005. A composição parlamentar desses órgãos técnicos é renovada a cada ano ou sessão legislativa (BRASIL, 2006a). A CMADS, para o biênio 2015/2016 foi presidida pelo Deputado Luiz Lauro Filho do PSB/SP.

A Tabela 1 apresenta a relação de doadores da campanha eleitoral do Presidente da CMADS nas últimas eleições para deputado federal em 2014, por ramo de atividade principal exercida pelo doador.

Atividade	Valor R$	%
Agribusiness	250.000,00	8,36
Atividades de Saúde	45.419,46	1,52
Comércio	600.000,00	20,07
Construção civil	1.408.718,85	47,13
Veículos	684.967,50	22,92
Total	2.989.105,81	100,00

Tabela 1 – Doadores do Deputado Luiz Lauro Filho PSB/SP

Fonte: Adaptada de Brasil (2014).

Conforme a Tabela 1 informa, 47,13% dos doadores da campanha do presidente da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara de Deputados são advindos da construção civil, e possuem interesse nas questões que são deliberadas por tal comissão, pois isso influencia diretamente em suas atividades financeiras.

A Tabela 2 apresenta a relação de doadores da campanha eleitoral do Presidente da CMADS para o biênio 2017/2018, o deputado federal Nilto Tatto do PT/SP, nas últimas eleições para deputado federal em 2014, por ramo de atividade principal exercida pelo doador.

Atividade	Valor R$	%
Construção civil	1.581.725,00	85,74
Petrolífera	19.000,00	1,03
Sistema Financeiro	50.000,00	2,71
Outros	194.135,61	10,52
Total	1.844.860,61	100,00

Tabela 2 – Doadores do Deputado Nilto Tatto PT/SP

Fonte: Adaptada de Brasil (2014).

Conforme se observa na Tabela 2, 85,74% dos doadores da campanha do presidente da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara de Deputados são advindos de empresas que têm como atividade principal a construção civil e possuem interesse nas questões que são deliberadas por tal comissão.

Portanto, constata-se que os principais doadores das campanhas eleitorais dos deputados que presidiram a Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara de Deputados no período de 2015 a 2018 são ligados à atividade de construção civil, setor que comprovadamente está envolvido em um dos maiores esquemas de corrupção da história do Brasil, no qual estão sendo investigadas como participantes as grandes empresas do ramo, como: Odebrecht, Camargo e Correia, entre outras.

COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

A Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA), do Senado Federal, é responsável por discutir ações vinculadas e temáticas relativas ao meio ambiente, dentre outras atividades. A comissão é composta por 17 membros titulares e 17 membros suplentes (BRASIL, 2016b).

Compete a CMA, em conformidade com art. 102-A, inciso II, do Regimento Interno do Senado Federal, dentre outras funções:

> a) proteção do meio ambiente e controle da poluição, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais e genéticos, florestas, caça, pesca, fauna, flora e recursos hídricos;
>
> b) política e sistema nacional de meio ambiente;
>
> c) preservação, conservação, exploração e manejo de florestas e da biodiversidade;
>
> d) conservação e gerenciamento do uso do solo e dos recursos hídricos, no tocante ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável;
>
> e) fiscalização dos alimentos e dos produtos e insumos agrícolas e pecuários, no tocante ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável;
>
> f) direito ambiental;
>
> g) agências reguladoras na área de meio ambiente, inclusive a Agência Nacional de Águas – ANA;
>
> h) outros assuntos correlatos; (BRASIL, 2016b).

Nos anos de 2015 e 2016, o presidente da CMA foi o Senador Otto Alencar do PSD/BA. Desse modo, a Tabela 3 apresenta os doadores à campanha eleitoral dele, sendo estes representados por atividades principais exercidas pelas empresas doadoras.

Atividade	Valor R$	%
Agribusiness	202.198,04	3,20
Atividades farmacológicas	200.000,00	3,17
Bebidas	1.376.276,47	21,80
Construção civil	3.271.220,79	51,81
Hidrelétrica	132.789,39	2,10
Outros	435.317,34	6,89
Petrolífera	200.000,00	3,17
Siderúrgica	51.758,00	0,82
Sistema Financeiro	344.188,21	5,45
Têxtil	100.000,00	1,58
Total	6.313.748,24	100,00

Tabela 3 – Doadores da Campanha do Senador Otto Alencar PSD/BA

Fonte: Adaptada de Brasil (2014).

Conforme destaca a Tabela 3, do total arrecadado de R$ 6.313.748,24 para a realização da campanha eleitoral pelo senador Otto Alencar, mais de 50% foi doado por empresas vinculadas à atividade de construção civil, enquanto empresas vinculadas às atividades de bebidas doaram cerca de 20%.

No biênio 2017/2018, o presidente da CMA é o Senador Davi Alcolumbre do DEM/AP. Desse modo, a Tabela 4 apresenta os doadores a campanha eleitoral do Senador, os quais são apresentados por atividades principais exercidas pelas empresas doadoras.

Atividade	Valor R$	%
Construção civil	100.049,80	4,91
Frigorífico	138.005,45	6,78
Outros	940.877,00	46,20
Papel e celulose	100.000,00	4,91
Sistema Financeiro	757.686,51	37,20
Total	2.036.618,76	100,00

Tabela 4 – Doadores da Campanha do Senador Davi Alcolumbre DEM/AP

Fonte: Adaptada de Brasil (2014).

Conforme apresentado na Tabela 4, do total arrecadado de R$ 2.036.618,76 para a realização da campanha eleitoral pelo Senador Davi Alcolumbre do DEM/AP, aproximadamente 37% teve como origem empresas vinculadas à atividade do sistema financeiro; já as empresas vinculadas às atividades de frigorífico doaram 7% aproximadamente.

Portanto, observa-se que as empresas das seguintes atividades são as principais financiadoras das campanhas eleitorais dos Senadores a presidirem a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, do Senado Federal, no período de 2015 a 2018: construção civil, sistema financeiro e frigoríficos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo objetivou demonstrar o que é um *lobby*, a atuação dele nos financiamentos de campanhas eleitorais, a influência do *lobby* e das empresas sobre políticas relacionadas ao meio ambiente nas Comissões das casas legislativas, que são a Câmara dos Deputados e o Senado Federal no Brasil.

Ao final da pesquisa, constatamos que os setores que mais financiaram as campanhas foram a construção civil e o sistema financeiro. Consideramos que estes sejam os setores que mais investiram devido aos grandes eventos que aconteceram no país como as Olimpíadas no Estado do Rio de Janeiro e a Copa do Mundo, que precisaram de

grande financiamento e infraestrutura para que pudessem ser realizados.

É possível deduzir que, em muitas situações, os parlamentares representam os interesses daqueles que, pela via econômica, viabilizaram a campanha eleitoral para que estes pudessem ocupar o cargo de legisladores. Para tanto, em muitas situações, os legisladores atendem prioritariamente aos interesses de grupos econômicos que os auxiliaram com doações as campanhas eleitorais. Logo, os grupos econômicos, por meio do financiamento das campanhas eleitorais, trocas de favores e outros atos espúrios, têm interferência e influência direta no processo legislativo. E, em muitas situações, o interesse público é ignorado, embora este seja uma das principais premissas à representatividade da população no Congresso Nacional.

Visando ao financiamento da próxima eleição, o político acaba sendo influenciado a seguir orientações que podem não servir ao clamor da população; porém, na visão dele ou do próprio partido, são necessárias para a garantia de sua reeleição, mesmo que a notícia se mostre negativa para os seus eleitores.

Uma solução possível para o caso seria a aprovação de lei que regulamentasse o lobby e a sua prática, tornando o processo o mais transparente possível.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Inny; SÁNCHEZ, Celso. Antiecologismo no Congresso Nacional: o meio ambiente representado na Câmara dos Deputados e Senado Federal. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 25, p. 97-108, jan./jun. 2012.

BARDIN, Lawrence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Setenta, 2011.

BORGES, Tiago Daher Padovezi. O financiamento empresarial e as campanhas legislativas de 2014: uma análise exploratória das doações diretas aos candidatos a Deputado Federal. **Política e Sociedade**, v. 15, n. 32, p. 102-125, jan./abr. 2016.

BRASIL.**Constituição da Republica Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Prestação de Contas Eleitorais 2014**. 2014. Disponível em <http://inter01.tse.jus.br/spceweb.consulta.receitasdespesas2014/resumoReceitasByCandidato.action>. Acesso em: 12 ago. 2016.

______. Câmara dos Deputados. **Histórico e atribuições**. 2016a. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cmads/conheca-a-comissao/index.html>. Acesso em: 12 ago. 2016.

______. Senado Federal. **Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle**. 2016b. Disponível em<http://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?3&codcol=50>. Acesso em: 12 ago. 2016.

DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato. O Legislativo como arena de interesses organizados: a atuação dos *lobbies* empresariais. **Locus: Revista de História**, Juiz de Fora, v. 5, n. 1, p. 7-32, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Meio Ambiente**. [s. d.]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 14 ago. 2016.

SZTUTMAN, André Medeiros; ALDRIGHI, Dante Mendes. Financiamento das campanhas eleitorais de 2006 por grupos econômicos e empréstimos do BNDES. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, ANPEC, 2012. Disponível em: https://www.anpec.org.br/encontro/2012/inscricao/files_I/i4-7c3a93e1a21d7bd. Acesso em: 02 de setembro de 2018.

VERGARA, Sylvia C. **Métodos de Pesquisa em Administração**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

______. **Métodos de Pesquisa em Administração**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAPÍTULO 14

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CDC AOS CARTÓRIOS E A CONSEQUENTE AMPLIAÇÃO DE SANÇÕES PELA LGPD

Data de aceite: 03/07/2023

Luiza Almeida Zago
Advogada, atualmente é Chefe da Assessoria Jurídica da Base de Administração e Apoio do Comando Militar do Planalto do Exército Brasileiro. Foi professora orientadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do UniCeub nas áreas cível e previdenciário. É membra da Comissão de Responsabilidade Civil e Contratos da OAB/DF. Pós-Graduada em Direito Público. Pós-Graduada em Direito Previdenciário. Possui Especialização em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestranda em Direito pelo UniCeub. Possui certificados de cursos de Conciliação e Mediação de Conflitos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Artigo científico apresentado no programa de mestrado em Direito, do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, na disciplina: Políticas Públicas. Docente professor Dr. Marcelo Varella, como critério de aprovação na referida matéria.

RESUMO: O presente artigo almeja realizar uma análise da importância dos cartórios na sociedade e a sua constante evolução, principalmente tecnológica, no que diz respeito ao armazenamento de dados. Nesse sentido, busca-se primeiramente verificar qual seria a melhor corrente para definir a natureza jurídica dos cartórios, se possuiria natureza pública ou privada, e a partir disso verificar quais legislações poderiam ser aplicadas às serventias extrajudiciais. Entre as legislações aplicáveis, destaca-se a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor caso se verifique a natureza privada dos cartórios como fornecedor de serviços. Por outro lado, destaca-se que, independente de sua natureza jurídica, por realizar tratamento de dados, os cartórios devem ser submetidos à Lei Geral de Proteção de Dados. Diante deste cenário, haveria um choque de normas entre o CDC e a LGPD a partir da definição de natureza privada dos cartórios. Isso porque, a LGPD possui sanções mais brandas relacionadas

aos atos ilícitos envolvendo dados pessoais, ao passo que o CDC já prevê penas mais graves, como a prisão simples.
PALAVRAS-CHAVE: Cartórios. Natureza jurídica. Serventias extrajudiciais. Aplicação do CDC aos cartórios. LGPD.

1 I INTRODUÇÃO

Como a Lei Geral de Proteção de Dados deve ser aplicada aos serviços cartorários? Haveria alguma possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos cartórios? Quais sanções seriam aplicadas pela Lei Geral de Proteção de Dados? A resposta a esse problema ajudará a responder outras perguntas: Todas as atividades realizadas dentro do cartório são consideradas delegação de serviço público? Quais delas poderiam ensejar a responsabilidade objetiva? De que modo a LGPD pode reanimar a discussão sobre a aplicação do CDC aos cartórios?

A realização do presente artigo se justifica a partir da aplicação de uma das principais inovações legislativas atuais, qual seja, a Lei Geral de Proteção de Dados, em especial no que se refere ao artigo 1º e ao artigo 23 e seguintes da LGPD. Isso porque, a forma de tratamento dos dados, de acordo com a Lei, diverge entre o poder público e o poder privado, principalmente quanto ao compartilhamento e responsabilização. Caso seja possível classificar as atividades cartorárias, seria cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, garantindo maior eficácia à LGPD e maior segurança jurídica, uma vez que as sanções seriam aplicadas alternativamente.

Em razão da LGPD ser muito recente em nosso ordenamento jurídico, ainda não há tantas jurisprudências sobre o tema, de modo que poderia haver uma maior flexibilização desse entendimento a partir da publicação da LGPD, ainda mais em razão da divergência de opiniões entre os julgadores dos tribunais superiores acerca da aplicação do CDC aos cartórios. Como não houve unanimidade no julgamento do tema, é possível que haja uma rediscussão sobre o assunto a partir da visão do potencial danoso que a quebra do sigilo de dados oriundos dos cartórios poderia causar à sociedade, aspectos que o artigo buscará demonstrar.

Nesse sentido, com o advento da recente Lei Geral de Proteção de Dados, é necessário especificar qual a natureza jurídica das atividades ordinárias notariais, principalmente em razão do tratamento de dados pessoais. A partir disso, essas atividades poderiam ensejar a aplicação das sanções mais rígidas constantes dos artigos do CDC, na medida em que se assemelhariam à pessoa jurídica prestadora de serviços privados.

A hipótese primária servirá de guia para responder aos questionamentos que surgirão em seguida, como, por exemplo, a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar independentemente de culpa os cartórios em suas atividades notariais, garantindo maior proteção aos consumidores.

Poderia haver, portanto, a aplicação do artigo 43, §1° do CDC, que determina o acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais de consumo arquivados sobre eles, incluindo suas fontes, bem como ensejando a responsabilidade objetiva contida no artigo 14 do CDC, como forma de potencializar a proteção de dados trazida pela LGPD.O objetivo geral do artigo é analisar como a Lei Geral de Proteção de Dados poderia ser aplicada de forma máxima aos serviços cartorários. Isso poderia ser feito a partir da aplicação do próprio CDC, mediante análise de suas principais atividades em que haveria um maior risco de vazamento de informações.

A partir da distinção dessas atividades, seria possível vislumbrar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o que traria uma maior segurança jurídica no implemento da Lei Geral de Proteção de Dados, trazendo maior possibilidade de sua efetiva aplicação, bem como a efetiva reparação por parte dos cartórios em caso de vazamento indevido de dados. Isso porque, em razão de serem o centro de guarda de informações de toda a população, o risco dessa atividade é muito maior do que diversas outras, motivo pelo qual deve haver maior vigilância em suas ações e maior proteção dos dados dos cidadãos.

Diante disso, é necessário pesquisar e analisar a origem da responsabilidade dos cartórios e o posicionamento que vem sendo adotado perante os tribunais de justiça brasileiros sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em razão dessas atividades. Também conhecer as decisões divergentes dos tribunais superiores que têm defendido a aplicação do CDC aos cartórios, bem como o posicionamento da doutrina sobre o assunto. A partir desses critérios, identificar-se-á quais as atividades podem ser submetidas ao Código de Defesa do Consumidor, a fim de dar maior abrangência, eficiência e aumentar as penalidades contidas na própria Lei Geral de Proteção de Dados.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 A TECNOLOGIA E A EVOLUÇÃO DOS CARTÓRIOS

O crescimento da tecnologia trouxe diversas melhorias para todos os campos da sociedade. Alterou relações humanas, trouxe modificações na forma de comunicação, interação e ultrapassou limites. Modificou hábitos e costumes, formas de trabalho, educação, mercado e diversas tantas outras áreas. Dentro do Direito isso não seria diferente. As mudanças tecnológicas auxiliam e desenvolvem o sistema jurídico brasileiro, uma vez que a tecnologia exige novas soluções jurídicas e afeta a maneira como os conflitos devem ser analisados.[1]

Em meio a tantas inovações, os estudiosos preveem o surgimento do chamado “cartório do futuro”, onde todos os registros de nascimento, casamento, óbitos, contratos etc., poderão ser feitos por meio do sistema de contratos inteligentes, através de assinaturas

1 CAMARGO, Coriolano Almeida. SANTOS, Cleórbete**. Direito digital: Novas teses jurídicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 29.

digitais enviadas pelo próprio celular. Essa inovação traria ainda mais descentralização, autonomia e autossuficiência, além de evidente maior desburocratização do sistema.[2]

Implementar e aprimorar a tecnologia no Direito é um modo de assegurar direitos e fundamentos da própria Constituição Federal, garantindo o desenvolvimento nacional e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, insertos no artigo 3º, além de fazer cumprir o artigo 218 da referida Carta Magna, em que o Estado deve promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Além dos mandamentos constitucionais, insta destacar a recente legislação disposta na Nova Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei 13.709/18), que garante uma regulamentação e responsabilização básica para uso dos dados pessoais.[3]

Ainda, o Provimento nº 74/2018, emitido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, dispõe sobre padrões mínimos de tecnologia da informação para a segurança, integridade e disponibilidade de dados para a continuidade da atividade pelos serviços notariais e de registro do Brasil e dá outras providências, de modo a estabelecer padrões mínimos de tecnologia da informação para a segurança, integridade e disponibilidade de dados, que devem ser observados para a continuidade da atividade pelos serviços notariais e de registro do Brasil. [4]

Outro exemplo é o provimento n° 23/2020 emitido pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde traz a necessidade de implementação de medidas como: necessidade de elaboração de cláusulas específicas no momento de contratação de serviços, registro de dados, a necessidade de comunicação ao Juiz Corregedor permanente e à corregedoria em caso de algum incidente na proteção de dados.[5]

As prioridades trazidas pelo desafio de implementação de todas as medidas elencadas pela Lei Geral de Proteção de Dados seria a instituição de um Data Protection Officer – DPO, que seria o encarregado de realizar a proteção de dados, a revisão de contatos realizados pelas empresas e readequação de políticas institucionais. Ainda, a necessidade de registro de todos os processamentos de dados pessoais através do sistema conhecido como ROPA (*Record Of Processing Activities*), que significa Registros das Atividades de Tratamento.[6]

Nesse sentido, a grande preocupação diz respeito à segurança. Como na internet não há fronteiras geográficas estabelecidas, a prática de atos ilícitos leva certa vantagem

2 Ibidem. p. 128.

3 BELTRAME, Renan. **A importância e os impactos da relação entre direito e tecnologia**. [S. l.], 9 abr. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direito-e-tecnologia/>. Acesso em: 09 jun. 2021.

4 **Provimento n° 74/2018 – CNJ.** Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/08/01/provimento-no--74-2018-dispoe-sobre-padroes-minimos-de-tecnologia-da-informacao/> Acesso em: 05 jun 2021.

5 Assessoria de Comunicação Anoreg/BR. **Implementação da LGPD nos cartórios, significa o fortalecimento das relações democráticas com o cidadão.** Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2021/03/03/implementacao--da-lgpd-nos-cartorios-significa-o-fortalecimento-das-relacoes-democraticas-com-o-cidadao/> Acesso em: 05 jun 2021.

6 PRIVACY TOOLS. **O que é o ROPA na LGPD?** Conheça os Registros das Atividades de Tratamento. Disponível em: < https://www.privacytools.com.br/ropa-lgpd/> Acesso em: 11 jun 2021.

no que diz respeito à sua repressão, pois muitas vezes não podem ser reprimidos por leis sujeitas às barreiras entre os países, além de ter potencial para atingir um número muito grande de pessoas. Como exemplos de práticas ilícitas significativas têm se a pirataria de software, a clonagem de documentos e os ataques aos servidores, os quais podem provocar grandes perdas e prejuízos. Prova dessa preocupação foi o Decreto nº 8.771/2016, que determinou que os provedores de conexão e de aplicações deveriam adotar a encriptação ou medidas de proteção equivalentes para a garantia de inviolabilidade dos dados.[7]

Destaca-se também a recente Medida Provisória que cria o Sistema Eletrônico de Registros Públicos (SERP), o qual irá interconectar os cartórios de todo o país, acelerando, assim, a emissão de documentos, além de possibilitar o registro público de atos e negócios jurídicos eletronicamente e atender de forma remota os usuários dos cartórios, fomentando a interconexão e a interoperabilidade entre as diversas serventias extrajudiciais.[8]

Por fim, em meio a tantas inovações e novos cenários que estão por vir, é de suma importância entender melhor o funcionamento dos cartórios, a sua natureza jurídica e as leis aplicáveis, a fim de consolidar a atuação e a responsabilização dos cartórios, conforme será demonstrado a seguir.

2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DOS CARTÓRIOS

O artigo 236 da Constituição Federal[9] disciplina sobre o funcionamento dos cartórios no Brasil e destaca que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, mediante delegação do poder público, e por meio de concurso de provas e títulos. A pessoa aprovada será o tabelião responsável por aquela serventia extrajudicial e permanecerá sujeito a uma fiscalização periódica do Tribunal de Justiça do Estado a qual pertença. [10]

Os cartórios são considerados pelo Direito Administrativo como órgãos auxiliares do poder judiciário, isso porque: (i) A criação de novos cartórios deve ser feita por lei de iniciativa do respectivo Tribunal de Justiça (art. 96, I, “b”, e II, “b”, da CF); (ii) O Tribunal de Justiça local exerce, de forma periódica ou de modo extraordinário, correições para averiguar se

7 TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de Direito e Processo Eletrônico:** Doutrina, jurisprudência e prática. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 67-70.

8 **Publicada MP que cria Sistema Eletrônico de Registros Públicos**. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2021/dezembro/publicada-mp-que-cria-sistema-eletronico-de-registros-publicos> Acesso em: 21 mar. 2022.

9 Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

10 OLIVEIRA, Carlos Eduardo de. **Serviços notariais e registrais: mapeamento e algumas propostas de aprimoramento – Parte I**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/350974/servicos--notariais-e-registrais--parte-i> Acesso em: 20 out. 2021.

o oficial está prestando o serviço de forma adequada, além de deter a competência para infligir punições contra ele no caso de infrações disciplinares e para editar atos infralegais regulamentando a atividade extrajudicial (art. 96, I, "b", da CF; e art. 37 da LNR); (iii) O CNJ possui competências normativas e disciplinares sobre as atividades extrajudiciais em sobreposição à competência dos Tribunais locais (art. 103-A, § 4º, III, e § 7º, da CF). [11]

Há ainda o entendimento de que os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público — serviço público não-privativo. Desse modo, os notários e os registradores exerceriam uma atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público, portanto não são servidores públicos.[12]

Por fim, é necessário entender e consolidar o entendimento acerca da natureza jurídica dos cartórios a fim de verificar quais as legislações aplicáveis em casos envolvendo principalmente responsabilidade civil, garantindo maior segurança jurídica a todos.

Com efeito, caso se entenda pela natureza jurídica de direito privado, haveria a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades cartorárias, o que mudaria completamente o modo como a responsabilidade civil é tratada hoje pelos serventuários e tabeliães, saindo da zona da culpabilidade e entrando na zona da responsabilidade objetiva, entre outros instrumentos processuais que serão melhor tratados no próximo tópico.

2.3 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA APLICAÇÃO DO CDC AOS CARTÓRIOS

Ao contrário dos entendimentos exarados pelos tribunais superiores, é importante destacar que alguns Tribunais de Justiça brasileiros estão aplicando o Código de Defesa do Consumidor a algumas atividades cartorárias, por entenderem que a questão ainda não está totalmente pacificada.

Nesse sentido, segundo a fundamentação exposta no voto da Min. Nancy Andrighi por ocasião do julgamento do REsp 625.144/SP, ao qual aderiu o Min. Castro Filho, o CDC seria sim aplicável a atividade notarial por se tratar de serviço público impróprio (uti singuli) exercido por delegação sob a conta e risco econômico de particulares. A Ministra afirma que não existira óbice à aplicação do CDC às serventias extrajudiciais, bastando estarem caracterizadas as figuras de consumidor e fornecedor de serviços.[13]

Nesse sentido a Ministra Nancy Andrighi continua seu raciocínio de que é aplicável aos cartórios os princípios da livre iniciativa e, portanto, das normas consumeristas, que

11 OLIVEIRA, Carlos Eduardo de. **Serviços notariais e registrais: mapeamento e algumas proposta de aprimoramento – Parte I.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/350974/servicos--notariais-e-registrais--parte-i> Acesso em: 20 out. 2021.

12 Revista Âmbito Jurídico. **A natureza dos serviços notariais e de registros.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-natureza-juridica-dos-servicos-notariais-e-de-registros/> Acesso em: 20 out. 2021.

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, 8ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento 0012876-39.2018.8.16.0000.** j. 04.10.2018, Projudi. Rel. Des. Luiz Cesar Nicolau.

têm como escopo o atendimento das necessidades dos consumidores, respeito à sua dignidade, segurança, proteção dos seus interesses econômicos e a racionalização e melhoria dos serviços prestados, de modo que as atividades cartorárias se estruturariam sob um verdadeiro regime de direito privado, amealhando lucros e suportando eventuais prejuízos..[14]

Tais entendimentos ressaltam a necessidade de desenvolver um sistema de regulação firme de forma efetiva, tendo em vista que o próprio usuário é parte integrante do sistema, não apenas sofrendo influência, mas também influenciando na medida em que é o destinatário final.

O que é certo é que a tecnologia se desenvolve muito rapidamente e o Direito deve acompanhar de perto toda essa mudança, além de ser também uma importante missão para o poder judiciário, a quem compete a aplicação das leis e evitar que seja feita a "justiça com o próprio mouse". Para tanto, o modelo existente hoje do Direito muitas vezes poderá ser insuficiente para dirimir todos os conflitos oriundos dessas novas situações, por isso é importante utilizar o maior conjunto de leis aplicáveis ao caso concreto, garantindo a efetiva aplicação da justiça.[15]

Assim, caso se entenda pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos cartórios, um dos efeitos será a ampliação do poder punitivo também em razão de vazamento de dados ou outros atos ilícitos disciplinados na LGPD. O tema será tratado conforme tópico a seguir.

2.4 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO CDC E LGPD AOS CARTÓRIOS

A Lei Geral de Proteção de Dados se aplica ao setor público e também ao setor privado. Ou seja, a todos que, de alguma forma, tratam de dados pessoais, independente do meio digital ou analógico, fornecendo ao titular dos dados o direito de acesso à informação quanto ao tratamento dispensado aos seus dados, o direito de corrigi-los, eliminá-los ou querer a sua anonimização, quando possível.[16]

Nos termos da Lei Geral de Proteção de dados, os tabeliães estão obrigados a proteger os dados dos seus usuários, conforme prevê o artigo 23, §§ 4º e 5°. Em razão disso, as serventias extrajudiciais de todo o país estão passando por um processo de adaptação às novas regras, independentemente de seu porte ou ramo de atuação, de modo a atingir um patamar de proteção de dados.

Tendo em vista a proteção de dados pessoais dos indivíduos, o tratamento e o compartilhamento de dados trazem consigo uma gama de direitos e obrigações relacionadas

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n° 625.144 - SP (2003/0238957-2).** 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 14/06/2006. DJE 29/05/2006.
15 TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de Direito e Processo Eletrônico:** Doutrina, jurisprudência e prática. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 29.
16 LIMA, Adrianne Correia de. **LGPD e Cartórios: implementação e questões.** São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Pg. 298 e 299. Pg. 58.

ao uso de um dos ativos mais valiosos da atualidade: a informação. Logo, a proteção de dados pessoais possui como fundamentos o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à liberdade de expressão, de informação, comunicação e de opinião, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e da proteção dos direitos humanos.[17]

Destaca-se que os serviços extrajudiciais dos cartórios integram o Poder Público para fins de tratamento da LGPD, por força do artigo 23, parágrafos 4° e 5º. Nesse sentido, a lei se remete à Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n° 12.527/2011), demonstrando uma complementariedade entre as legislações. Destaca-se que no caso dos cartórios a complementação é ainda mais evidente, uma vez que se considerados pessoas jurídicas de direito público, uma das suas tarefas é fornecer o acesso eletrônico aos seus dados para a Administração Pública.

O grande desafio que se impõe aos cartórios é de que modo seria possível conjugar o direito de livre acesso à obtenção de informações por meio da obtenção de certidões versus o direito à proteção de dados sensíveis que tratam a LGPD. Nesse sentido, é necessário haver uma disciplina clara sobre o tema, a fim de evitar eventuais condenações e punições de notários e registradores pela prática de seus atos.

Com relação à punição, destaca-se que a Lei Geral de Proteção de Dados não traz qualquer pena de prisão em seus artigos. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor é claro ao estabelecer pena de prisão em casos específicos. No caso dos cartórios, o controlador dos dados é o oficial de registros públicos, que recepciona e realiza algum tipo de tratamento de dados pessoais e que é movido por uma obrigação legal.

Além disso, destaca-se que são responsáveis solidários todos aqueles que, de alguma forma, participaram do processo de tratamento de dados, de segurança de rede e de procedimentos de armazenamento, devendo todos os agentes prezar pela segurança de todo o processo e o devido cumprimento da LGPD. Outra discussão é a existência da Lei n° 8.935/94 (Lei dos Notários e Registradores) que determina em seu artigo 22 que a responsabilidade dos notários e registradores é subjetiva. Contudo, em caso de aplicação do Código de Defesa do Consumidor essa responsabilidade passaria a ser objetiva e solidária.

Há entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 842.846) de que, em havendo danos a terceiros, a responsabilidade pelos atos praticados por registradores e notários seria do Estado (responsabilidade objetiva do Estado), cabendo ação de regresso contra o agente que tenha agido com dolo ou culpa. Diante deste cenário, resta uma indefinição quanto à responsabilidade civil de notários e registradores.

A aplicação de qualquer penalidade contida na LGPD pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados somente pode ocorrer mediante prévio procedimento administrativo que assegure ampla defesa e contraditório, o que não é exigido no caso de violação à um direito do consumidor. Há ainda o entendimento de que a LGPD traz em seu artigo 45

17 Ibidem. Pg. 57.

a reserva da primazia do regime de responsabilidade civil do controlador ou operador de dados pessoais, definido nos moldes do regime objetivo do CDC. [18] Isso porque, a própria LGPD já traz consigo hipóteses de afastamento de sua própria incidência em virtude do princípio da especialidade.

Assim, surge a importância em se estudar sobre a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor aos cartórios. Isso porque, haverá diferentes consequências das sanções da LGPD se houver também a aplicação do CDC, visto que a LGPD não disciplina a pena de prisão, enquanto essa sanção já é prevista pelo CDC. Além disso, a LGPD é clara ao afirmar que não exclui a aplicação do CDC. Desse modo, para que não haja conflito de normas, é necessário estipular a aplicação de cada uma delas e suas consequências.

CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente artigo, as serventias extrajudiciais têm a função de garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos praticados, sendo de amplo conhecimento público que elas possuem um extenso acervo de armazenamento de dados, posto que tais armazenamentos fazem-se necessários frente à necessidade de publicizar a existência de relações jurídicas, por meio da prática de seus atos.[19]

Diante de todo esse cenário atual, a Lei Geral de Proteção de Dados foi instituída para dar o tratamento adequado aos dados, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. De acordo com a Lei 8.935/94, a qual dispõe sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios), em seu artigo 22 afirma que os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros..[20]

Há também entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça de que os cartórios não possuiriam personalidade jurídica, de forma que o titular do cartório seria o responsável pelos eventuais danos causados.[21]Ocorre que, é importante diferenciar os danos oriundos da atividade cartorária daqueles originados pelas atividades anexas ao serviço notarial.[22]

Em relação à hipótese de danos causados pela atividade típica, a responsabilidade

---

18 LIMA, Adrianne Correia de. **LGPD e Cartórios: implementação e questões.** São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Pg. 298 e 299.
19 LIMA, Adrianne Correia de. **LGPD e Cartórios: implementação e questões.** São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Pg. 74.
20 BRASIL. **Lei dos cartórios.** Brasília. 1994**.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm> Acesso em: 05 jun 2021.
21 Consultor Jurídico. **STJ divulga 15 teses da corte sobre registros públicos.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-06/stj-divulga-15-teses-corte-registros-publicos> Acesso em: 01 jun. 2021.
22 LEITE, Gisele. **Considerações sobre a aplicação do CDC na atividade de notários e/ou registrador na ordem jurídica brasileira contemporânea**. Disponível em: < https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-a-aplicacao-do-cdc-na-atividade-de-notarios-eou-registrador-na-ordem-juridica-brasileira-contemporanea> Acesso em: 01 jun 2021.

seria subjetiva. Contudo, no que tange às atividades anexas, oriundas da relação existente entre o prestador do serviço e o destinatário final, há o questionamento se poderia ser aplicável a responsabilidade objetiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor e, assim, autorizar a aplicação de determinações mais rígidas contidas na LGPD.[23]

Importante destacar que a Lei Geral de Proteção de dados não traz em seu texto nenhuma sanção penal, mas apenas sanções administrativas. Já o Código de defesa do Consumidor elenca diversas penas de prisão para os infratores.

Desse modo, caso se entenda pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor para os serviços cartorários, haverá a possibilidade de ampliação de das sanções previstas na Lei Geral de Proteção de Dados. Isso porque, quando se trata de fatos oriundos de relação de consumo, aplica-se o artigo 45 da LGPD e não os artigos 42 a 44.

REFERÊNCIAS

BELTRAME, Renan. **A importância e os impactos da relação entre direito e tecnologia**. [S. l.], 9 abr. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direito-e-tecnologia/>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Assessoria de Comunicação ANOREG/BR. **Implementação da LGPD nos cartórios, significa o fortalecimento das relações democráticas com o cidadão**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2021/03/03/implementacao-da-lgpd-nos-cartorios-significa-o-fortalecimento-das-relacoes-democraticas-com-o-cidadao/> Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. **Lei dos cartórios**. Brasília. 1994. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm> Acesso em: 05 jun. 2021.

Consultor Jurídico. **STJ divulga 15 teses da corte sobre registros públicos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-06/stj-divulga-15-teses-corte-registros-publicos> Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Provimento n° 74/2018 – CNJ.**2018. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/08/01/provimento-no-74-2018-dispoe-sobre-padroes-minimos-de-tecnologia-da-informacao/> Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 625.144 - SP (2003/0238957-2).** 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 14/06/2006. Dje29/05/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, 8ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento 0012876-39.2018.8.16.0000.** j. 04.10.2018, Projudi. Rel. Des. Luiz Cesar Nicolau.

CAMARGO, Coriolano Almeida. SANTOS, Cleórbete. **Direito digital:** Novas teses jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 29.

CHACON, Eduarda Moraes. Resistência do Direito à Tecnologia: uma análise teubniana de comunicação e regulação. **Law, Stateand Telecommunications Review / Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. Brasilia, v. 10, n. 2, p. 67-102, October 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/21494/19810.> Acesso em: 04 jun. 2021.

23 Ibidem.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre a aplicação do CDC na atividade de notários e/ou registrador na ordem jurídica brasileira contemporânea**. Disponível em: < https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-a-aplicacao-do-cdc-na-atividade-de-notarios-eou-registrador-na-ordem-juridica-brasileira-contemporanea> Acesso em: 01 jun. 2021.

LIMA, Adrianne Correia de. **LGPD e Cartórios: implementação e questões.** São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PEDRON Flavio Quinaud; Reale, André; Ramalho, Cleidineia. **Uma análise sobre a influência do desenvolvimento tecnológico no Direito.** [S. l.], 29mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/opiniao-influencia-desenvolvimento-tecnologico-direito.> Acesso em: 04 jun. 2021.

PRIVACY TOOLS. **O que é o ROPA na LGPD?** Conheça os Registros das Atividades de Tratamento. Disponível em: < https://www.privacytools.com.br/ropa-lgpd/> Acesso em: 11 jun 2021.

SANTOS, Paulo Junior Trindade; Marco, Cristhian Magnus de; Möller, Gabriela Samrsla. Tecnologia Disruptiva e Direito Disruptivo: Compreensão do Direito em um Cenário de Novas Tecnologias. **Rev. Direito Práxis**, Rio de Janeiro, vol.10, n. 4, Out./Dez. 2019. Epub Nov 25, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45696>. Acesso em: 04 jun. 2021.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de Direito e Processo Eletrônico:** Doutrina, jurisprudência e prática. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 67-70.

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL

Data de aceite: 03/07/2023

Aline de Moraes Leite
Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Guarujá, São Paulo, Brasil. Discente.

Viviane Aparecida Fernandes Pontes
Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Guarujá, São Paulo, Brasil. Docente.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a análise e compreensão acerca da nova profissão de Influenciador Digital. Pretende-se: pormenorizar as nuances desta profissão e sua regulação através do ordenamento jurídico brasileiro; questionar os limites da influência como reflexo da atividade exercida; compreender a maneira pela qual a atividade afeta diretamente a relação de consumo, alterando o comportamento dos consumidores e modificando o modo como consomem; avaliar a possibilidade de responsabilizar o Influenciador Digital na esfera cível por eventuais ilícitos praticados na realização de publicidade em plataformas digitais.

PALAVRAS-CHAVE: Influenciadores digitais. Publicidade. Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor.

CIVIL LIABILITY OF THE DIGITAL INFLUENCER

ABSTRACT: This article aims to analyze and understand the new profession of Digital Influencer. It intends to detail the nuances of this profession and its regulation through the Brazilian legal system, as well as to question the limits of its influence as a reflection of the activity performed. It is also focused on understanding the way in which it directly affects the consumer relationship, changing the behavior of consumers and modifying the way they purchase, highlighting the possibility of holding them responsible in the civil sphere for any illegal acts committed in advertising on digital platforms.

KEY-WORDS: Digital influencers. Advertising. Civil Liability. Consumer Rights.

1 I INTRODUÇÃO

A análise se dá a partir do consumo realizado por força da publicidade praticada pelos influenciadores digitais, de modo a conceituá-la e conceber sua regulamentação no Brasil, verificando-se, ainda, os problemas advindos da atuação

indevida nesta profissão, para posteriormente avaliar a forma pela qual ela impacta no mercado de consumo, sendo fundamental a percepção das mudanças de paradigmas no consumo online. Neste contexto, poder-se-á imputar responsabilidade a essas personalidades digitais com base nas práticas ilícitas exercidas no decorrer da atividade profissional, pormenorizando as correntes que tratam da objetividade e subjetividade de tal responsabilização.

Além disso, pretende-se analisar a possibilidade de existência da relação de consumo entre influenciadores e seus seguidores e, por conseguinte, do dever dos influenciadores digitais de realizarem a publicidade de forma clara, possibilitando que o consumidor se certifique de que aquele anúncio ocorre de forma patrocinada, não se confundindo a uma ação espontânea derivada de uma opinião pessoal – ensejando, portanto, sua responsabilização quando verificado a prática ilícita.

2 I OBJETIVOS

O presente artigo objetiva contribuir com os debates acerca da possibilidade de responsabilizar os influenciadores digitais pelos atos praticados em prejuízo aos consumidores. Pretende, ademais, evidenciar a necessidade da intensificação do seu estudo, tendo em vista a lacuna na regulamentação da profissão de influenciador digital e a ausência de ponderação de quais seriam os limites da influência exercida, assim como seus deveres enquanto profissionais.

3 I A NOVA PROFISSÃO DE INFLUENCIADOR DIGITAL

Na sociedade hodierna, em que as pessoas estão constantemente conectadas e interligadas ao mundo digital, surge uma nova figura profissional que traz à baila a ascensão das redes sociais e como esta realidade implica nas alterações comportamentais dos consumidores – e, consequentemente, das marcas. Estas se empenham em alavancar as vendas e demonstrar estarem próximas e integradas à realidade de cada indivíduo, fator este que se assemelha à própria existência do Influenciador Digital, também denominado *Digital Influencer*.

> Na sociedade conectada em rede, os líderes de opinião assumem uma nova acepção através da disseminação de comportamentos, ideias e produtos em âmbito online. Segundo Zanette (2015), as pessoas tendem a dar mais atenção e terem mais confiança em informações oriundas de contatos pessoais do que em informações recebidas por meio de mensagens vindas diretamente de empresas. Os departamentos de marketing das organizações junto com agências de publicidade estão buscando formas de influenciar as indicações entre pessoas, inserindo seus produtos e serviços dentro desse contexto. (GOMES, 2017, p.4 apud ZANETTE, 2015)

Deste modo, são considerados líderes de opinião, possuindo influência sobre

determinado grupo, seja através do seu campo de conhecimento ou comportamento, como a política, moda, música, cinema e afins. É neste diapasão em que se evidencia a intenção dos consumidores de se conectarem e se informarem com outros consumidores, partindo das empresas criar esta ponte e integrar a sua marca a essas comunidades *online*. (GOMES, 2017, p.6)

Com a percepção da amplitude deste mercado digital, surge o marketing 3.0 objetivando tornar o relacionamento das marcas mais próximo aos seus consumidores, apostando nestes novos profissionais, com alto poder de influência, e consequentemente com vasto número de seguidores, ditando novos hábitos e comportamentos (GOMES, 2017, p.7). Esta é considerada a profissão da moda, com potencial para modificar e conceder um novo rumo ao mercado publicitário e ampliar a visão das empresas acerca da forma em que o produto será entregue ao consumidor no mercado de consumo.

Neste sentido, a Market8 do Youpix, GFK e o Airstrip fomentou o estudo desta nova profissão, de modo a considerarem que o papel destes na relação de consumo compreende ceder a sua relevância com os seguidores para as marcas, com o intuito de trazer uma comunicabilidade mais próxima e interativa para aqueles potenciais consumidores.

Deste modo, a ascensão dos Influenciadores Digitais ocorreu de forma interligada ao aumento de consumo de informação e produtos no meio eletrônico facilitado pela internet. Conforme indaga GOMES (2017, p.7):

> A explosão dos blogs na década passada transformou os autores dessas páginas em celebridades cultuadas pelos seus seguidores. Principalmente no seguimento de moda, os blogueiros e blogueiras são considerados referência em suas áreas de atuação.

Com a expansão da internet, surgiram plataformas utilizadas como mídias digitais as quais são o principal campo de atuação dos influenciadores através da produção de conteúdos e postagens realizadas em ferramentas como o Youtube, Instagram e Facebook.

De acordo com esta produção, os *creators* representam uma ruptura dos padrões na comunicação e na cultura, pois são eles os novos influenciadores dos costumes e do comportamento na sociedade, de modo a transfigurar talento em negócio. Assim, tornaram-se grandes influenciadores sociais utilizando-se da criatividade e inovação, para posteriormente se tornarem grandes marcas e empresas.

Neste sentido, se em um passado não tão distante apenas celebridades como jornalistas e artistas eram considerados como formadores de opiniões, atualmente, com a ajuda da internet pessoas consideradas 'comuns' demonstraram que o poder da influência não se limita aos personagens televisivos. Estes por sua vez, influenciam uma grande quantidade de seguidores encontrando na popularidade um meio estratégico de marketing, capaz de potencializar as vendas de uma marca e produto.

Assim, a plataforma Youpix que se empenha em analisar e discutir o modo pelo qual os jovens utilizam a internet como meio digital, apto a inovar movimentos culturais e

sociais observa que no decorrer da organização desta profissão os influenciadores digitais passaram a ter: visibilidade, frequência na entrega de conteúdo, parceria com marcas, acompanhamento do alcance, relevância e foco no conteúdo. Portanto, fala-se em um contexto contemporâneo fundado com métodos próprios de funcionamento e que provoca impactos no ambiente comunicacional e econômico (CAMARGO; ESTEVANIM; SILVEIRA, p.104).

Deste modo, pode-se aferir que os Influenciadores digitais correspondem àqueles indivíduos que possuem um papel de destaque nas redes sociais e plataformas digitais, sendo capazes de mobilizar um número elevado de seguidores através da exposição e se pautando em opiniões e comportamentos, inclusive por meio de conteúdos exclusivos. Conforme demonstra Silva e Tessarolo (2016, p.5) ao destacar os influenciadores Thaynara Gomes, Gabriela Pugliesi, Hugo Gloss e Kéfera: “A exposição de seus estilos de vida, experiências, opiniões e gostos acabam tendo uma grande repercussão em determinados assuntos”.

O termo ‘Influenciador Digital’, ou sua versão em língua inglesa *digital influencer*, tornou-se comumente utilizado no Brasil a partir de 2015. Issaaf Karhawi (2017, p.53) pontua que um dos principais motivos a ser considerado é a ocorrência e ascensão de novos aplicativos que se tornaram o âmbito de trabalho destes profissionais, não mais limitando-se a uma única plataforma.

Além disso, sabe-se que atualmente a sociedade de exposição possui como objeto de interesse os seus próprios indivíduos, os quais por sua vez, partilham do mesmo interesse. Neste prisma, elucida Gasparotto, Freitas e Efing (2019, p.10):

> Expor-se é a palavra de ordem. Deste modo, a estrutura comportamental das redes sociais é suportada pela arquitetura de visibilidade, permitindo que a exposição seja concretizada e que as pessoas se mostram a todos e, também, possam ser observadas.

Como resultado desta sociedade de exposição surge os Influenciadores Digitais, que são considerados as celebridades do mundo digital. Estas personalidades obtêm destaque na internet através de blogs, redes sociais e plataformas de vídeos como o Youtube, bem como, possuem o know-how criativo ou simplesmente conseguem captar seguidores por meio da sua essência ou por seus interesses.

Em face da inovadora forma de interação social, as empresas, atentas ao poder de influência destas personalidades digitais, começaram a investir na contratação dos influenciadores digitais com o fulcro de expandir suas marcas e, consequentemente, as vendas, através dos conteúdos criados por estes profissionais, de modo a influenciar os seguidores e passar a confiança adquirida ao serviço ou produto divulgado.

> No escopo dos influenciadores digitais, assume-se que há sempre produção de conteúdo. Trata-se de uma condição sine qua non para ser considerado um influenciador, neste cenário. Aqui, uma ressalva: quando falamos de produção de conteúdo, não há uma análise valorativa. Esse conteúdo pode ser desde

> fotos bem clicadas para o Instagram, posts em blogs, montagens divertidas no Facebook, até vídeos com edição profissional, textos especializados etc. (KARHAWI, 2017, p.54)

Portanto, cada grande rede social possui uma personalidade referência, tendo em vista o pioneirismo e a influência no nicho. Neste sentido, a identificação destas personalidades torna-se fundamental para o direcionamento publicitário de acordo com o público e imagem daquele influenciador digital; outrossim, torna-se igualmente primordial distinguir os *influencers* das celebridades com presença digital, considerando as similaridades e o espaço de atuação.

3.1 Distinção entre celebridade com presença digital e o influenciador digital

As celebridades, em meados de 1920, quando o cinema hollywoodiano estava no auge, somente se tornaram acessíveis a partir da década de 1930, em decorrência da aproximação com o público, o que, segundo Greggianin e Wimmer (2017, p.105) se deu em virtude da exposição das suas vidas pessoais – o que estimulara a devoção a essas celebridades.

Neste sentido, pontuam que a sociedade carece de um modelo a ser seguido, uma personalidade admissível e que pode servir como espelho. É a reformulação do super-herói, diferenciado, mas que se torna um símbolo a ser seguido e reproduzido. Assim, os meios de comunicação colaboraram para o 'nascimento' das celebridades atuais, que se diferenciam destes heróis pelo seu efeito, tendo em vista que da mesma forma que são feitas, podem também, ser desfeitas.

Era comum as marcas recorrerem à imagem destas celebridades de telenovelas e filmes ou até atletas consagrados que tenham ganhado o coração do público, com o intuito de promoção da marca e produtos, assimilando a imagem dessa personalidade à qualidade do produto.

> Estávamos acostumados à velha e boa receita infalível: artistas cediam suas imagens a diferentes campanhas no intuito de associar sua boa reputação às marcas e produtos. Acontece que esta fórmula remete à passividade dos consumidores, antes da cibercultura se difundir, que ficavam apenas diante das telas admirando os ícones famosos. (SILVA; TESSAROLO, 2016, p.7)

Nesta perspectiva, a internet e os conteúdos ali disponibilizados pelos próprios usuários proporcionam que o espectador, ou no caso seguidor, não esteja limitado a uma programação realizada de maneira imposta, como ocorre nos veículos tradicionais de comunicação. Em consonância, Silva e Tessarolo (2016, p.7) complementam que: "A internet abriu as portas para que o público possa escolher o que quer assistir, onde e quando, de acordo com o que ele considera relevante e, em alguns casos, tornando-se produtores de seus próprios conteúdos".

O *campo de atuação* é a premissa básica de distinção entre as celebridades e os influenciadores digitais. Não que as celebridades hoje não possam estar na internet e os influenciadores, na televisão; na verdade, considera-se o *foco* que cada um detém. Ademais, observa-se que um possui canal próprio, exercendo a direção e produção dos conteúdos, ao passo em que o outro é considerado um ator no filme de um terceiro, que detém o poder sobre o canal ou plataforma.

Neste sentido, a especialista em mídia digital Bia Granja em entrevista ao site MEIO & MENSAGEM (2016) considera os influenciadores digitais como um novo canal de mídia, o que os diferenciaria das celebridades da mídia tradicional, cuja imagem é trabalhada de forma dissociada do canal; em verdade, os influenciadores digitais são o *próprio canal*.

Destarte, apostar na mídia exposta nas plataformas digitais é necessariamente adquirir a relação construída entre o influenciador e a sua respectiva audiência; logo, as marcas adentram um ambiente, nele inserindo seu produto/serviço, de modo a respeitar e ceder espaço àquela personalidade, cuja autenticidade solidifica o respectivo seguimento de trabalho.

3.2 O paradoxo acerca dos limites da influência em detrimento do consumidor

A comunicação da oferta ao público alvo nas plataformas digitais ganhou uma nova perspectiva com a profissionalização dos influenciadores digitais, os quais passaram a ser vistos como agentes capazes de direcionar e ampliar o alcance da oferta aos prováveis consumidores.

É nesta conjuntura em que atuam os influenciadores digitais, agentes que possuem o poder de personificar a marca e de forma realística demonstrar ao público de que forma aquele produto ou serviço é ideal para quem o segue, de forma apresentar uma ‘necessidade’ até então desconhecida a aquele potencial consumidor, que se identifica com o exposto da mesma forma que se identifica com o influenciador digital, tornando este profissional apto a conferir a autenticidade ou qualidade do produto ou serviço.

Neste liame, o influenciador digital torna-se um indivíduo hábil a influenciar um determinado seguimento, tornando-se relevantes parceiros na massificação da divulgação e indicação de produtos e serviços. Consoante entendimento de Gasparotto (2019, p.13), estas personalidades podem impactar na vida daqueles que os seguem de modo a “moldar comportamentos e motivar escolhas de consumo”.

Essas personalidades digitais são capazes de mudar as estratégias de investimento em propaganda por exercerem força suficiente para influenciar a nova geração a preferir determinada marca ou escolher certo produto igual ao que este está utilizando, norteando grande parte das decisões de compra dos jovens. (SILVA; TESSAROLO, 2016, p.6)

A maior problemática surge quando as informações expostas por esses profissionais por meio da publicidade são omissas ou não condizem com a realidade fática, com o intuito

de trazer uma falsa segurança ao consumidor. Nesta situação, o influenciador toma para si o papel de garantidor da qualidade daquele produto ou serviço ao manifestar o seu depoimento àqueles que os seguem e acompanham.

Além disso, os seguidores não se dão conta de que estão sendo estimulados a virarem potenciais consumidores da marca que está sendo apresentada e da forma em que é exposta. Em conformidade ao que aponta a pesquisa realizada pelo Instituo Qualibest (2018, p.19), 50% dos entrevistados apontam os influenciadores digitais como a principal fonte de informação para a compra de um produto.

Este estímulo é introduzido de modo que o consumidor não percebe que está sendo induzido a comprar um produto ou contratar um profissional e acredita que é um ato pautado na livre e espontânea vontade. Neste sentido, torna-se fundamental a tutela jurisdicional, como o fez a Constituição Federal nos artigos 5º, em seu inciso XXXII; 48; 170, V; além do Código de Defesa do Consumidor que determina a clara identificação da publicidade ao consumidor.

Destarte, é comum verificar a exposição de produtos ou serviços por influenciadores digitais em plataformas como o Instagram, a qual em geral não demonstra que aquele conteúdo é uma publicidade, para fornecer a quem os assiste a sensação de que seja uma indicação de alguém próximo, como um amigo. Por outro lado, o influenciador faz questão de indicar o local que aquele produto, geralmente um que diz ter usado e 'amado', possa ser adquirido por um preço acessível.

Esta publicidade disfarçada realizada como se fosse uma "dica de amigo" objetiva obter potenciais consumidores, como indica Maria Carolina Zanette (2015, p. 39):

> A pessoa que pede uma indicação ou geralmente acata geralmente o faz por achar que tal informação é crível, que sua fonte tem credibilidade. Por essa crença de que a informação é genuína e desinteressada, as pessoas tendem a dar mais atenção e terem mais confiança em informações vindas de contatos pessoais, como seus laços fortes, do que em informações recebidas por meio de mensagens vindas das empresas.

Seria o reconhecimento pelas marcas da importância do marketing conhecido como "boca a boca" ou marketing viral (ZANETTE, 2015, p.39), e a tentativa de ampliá-lo através das personalidades digitais, de modo a transparecer que esta personalidade o indica de forma pessoal e desvinculada a qualquer percepção monetária ou recompensa material.

Estas postagens são definidas como "publi post" e referem-se às postagens de cunho publicitário com a finalidade de tornar público um produto ou serviço, a partir da divulgação da marca, de modo a identificá-la e mediante pagamento, a qual deve sujeitar-se ao guia de publicidade para os influenciadores digitais, elaborado pelo CONAR em 2020, assim como, ao Código do CONAR e aos direitos atinentes ao consumidor, dispostos na Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

De todo modo, exsurge o questionamento acerca de qual seria o limite desta

influência ao consumidor, e como ela se comporta com os direitos do consumidor à luz da boa-fé e do dever de informação. Além disso, no Brasil a publicidade é regulada pelo sistema misto de controle entre a administração pública, Poder Judiciário e pelo órgão paraestatal denominado como Conselho Nacional de Autoregulamentação Publicitária (CONAR).

Afinal, é compreensível que as indicações dos influenciadores digitais deixam de ser "dica de amigos (as)" quando motivadas por uma vantagem, seja ela material ou pecuniária. Por outro lado, os seguidores demonstram-se cada vez mais atentos às publicidades implícitas e passam a se incomodar com a ausência de identificação publicitária nos "publi posts" realizados pelos influenciadores digitais, conforme apontam os dados de denúncia ao CONAR realizado pelos consumidores, que representam 68,5% dos processos instaurados em 2020.

À vista disso, a sociedade de consumo está interligada ao sistema publicitário, perfazendo a necessidade do controle legal da publicidade – que não visa a restringi-la ou eliminá-la, mas sim conter os frequentes abusos que implicam a violação aos direitos do consumidor.

Neste sentido, ressalta-se a importância das informações serem prestadas de forma clara e eficaz pelos influenciadores digitais, enquadrando-as às determinações legais, devendo estes ser transparentes em relação aos que os assistem. Corroborando o entendimento, o Instituto Qualibest em 2018 realizou uma pesquisa denominada "O post é pago, e aí?", no qual evidenciou que 72% dos entrevistados discordam que a confiança depositada no influenciador diminui ao demonstrarem que a publicação é paga, bem como, discordam que há uma diminuição na credibilidade do produto ou serviço pelo mesmo fator.

Portanto, quanto mais bem informado o consumidor se sente em relação à publicidade realizada por esses profissionais, melhor a sua compreensão acerca do que se pretende adquirir e consequentemente, o seu poder de escolha. Destarte, não menos importante, torna-se necessário adequar as técnicas utilizadas no merchandising digital para que estejam alinhadas ao dever de informação e boa-fé para com os consumidores.

4 | COMPREENSÃO DO CONSUMO A PARTIR DA PUBLICIDADE REALIZADA PELOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Com bem indaga Andrade e Bueno (2020, p. 202): "Quem não é visto não é lembrado, certo?". Por outro lado, ser visto também não é garantia de ser lembrado". Os autores trazem à baila o contexto publicitário envolto na problemática acerca da influência no consumo e do comportamento dos consumidores ante a publicidade realizada.

> Somos diariamente atacados por um volume expressivo de tentativas de persuasão das marcas. Muitas dessas propagandas que chegaram até você são de produtos ou serviços que você nem imagina um dia consumir. Percebe o quão desafiador pode ser para uma marca chegar até você, conquistar sua

> atenção e, claro, influenciar seu comportamento de consumo? (ANDRADE; BUENO, 2020, p.203)

Assim, a publicidade possui extrema relevância no mercado de consumo, é ela quem irá embelezar o produto ou serviço a ser apresentado ao público e é quem dará as diretrizes do que a marca pretende alcançar, bem como, qual caminho precisará ser traçado. De forma concomitante, os influenciadores digitais são similares a um instrumento utilizado para que a marca se aproxime dos possíveis consumidores que, no caso, compreendem o público que assiste e admira o trabalho deste influenciador.

Essa nova relação é de tamanho impacto no comportamento dos consumidores que tem levado profissionais de diversas áreas, principalmente direito e marketing, a estudarem a proporção da influência dos influenciadores digitais ao realizarem a recomendação de um produto. Os estudos de Zanette (2015, p.12), por exemplo, objetivam analisar este impacto da recomendação na atenção das pessoas para a mensagem emitida, ao mesmo ponto que pondera as características do emissor da recomendação e da mensagem no processo de influência.

> Nesse ambiente, o sonho de alguns gestores de marketing é produzir uma mensagem viral, que atinja milhares de pessoas que curtam e comentem a mensagem. Esses gestores imaginam que a viralização na internet pode alavancar o desempenho de seus produtos e serviço, mas pouco se sabe, efetivamente, sobre os impactos do contágio sobre o valor das marcas ou suas vendas ou lucros. (ZANETTE, 2015, p.11 a 12)

A priori pode-se analisar sob o prisma exclusivamente publicitário; entretanto, há também de ser questionado o limite desta influência sobre a perspectiva do direito do consumidor, ou seja, até que ponto o consumidor tem o pleno conhecimento sobre o que está prestes a adquirir e se tem o acesso integral as informações atinentes ao produto ou serviço oferecido. Nas propagandas televisivas existem as letrinhas pequenas que por muito passam despercebidas, mas e em uma propaganda realizada na página do digital influencer? Neste caso, há as entrelinhas do que é falado e exposto, e elas podem se mostrar extremamente prejudiciais ao consumidor - exemplo disso são as publicidades ilícitas (abusiva e enganosa).

4.1 Os problemas oriundos da publicidade realizada pelos influenciadores digitais

A sociedade da informação trouxe diversos fenômenos, que não vieram desacompanhados de consequências – dentre eles, o desenvolvimento da atividade publicitária que, por sua vez, impactou o surgimento e a expansão do mercado de consumo no mundo digital e fora dele, bem como, potencializou as transformações econômicas do último século (MIRAGEM, 2016, p.264).

A publicidade como ferramenta para atingir o maior número de potenciais

consumidores realça variadas problemáticas na seara consumerista, as quais a princípio podem parecer inofensivas e por muito passaram despercebidas. Todavia, atualmente se conhece a gravidade das condutas publicitárias que violam direitos fundamentais, a exemplo da autonomia da vontade e informacional.

Neste seguimento, a ascensão da internet e de novas plataformas digitais trouxera à baila o novo profissional, os influenciadores digitais, sendo este a figura principal do marketing digital nos tempos atuais. Eles representam a "nova cara" da publicidade; contudo, contribuíram para potencializar as publicidades ilícitas nas redes sociais.

De forma expressa o CDC cita duas espécies de publicidade ilícita: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva. A primeira refere-se à violação do dever de veracidade e clareza que deve estar presente nas publicidades; a segunda viola valores ou bens jurídicos socialmente relevantes, a exemplo do meio ambiente, segurança e a integridade dos consumidores, como será estudado nos tópicos seguintes.

Além disso, a publicidade enganosa pode ocorrer através de duas modalidades: por comissão ou omissão. Na publicidade enganosa por comissão, ocorre uma ação por parte de quem realiza a publicidade, de modo a realizar uma afirmação de algo que não condiz com a realidade, de maneira a induzir o consumidor ao erro. (ALMEIDA, 2020, p.765)

Por outro lado, na publicidade enganosa por omissão ocorre o inverso: há a ausência de informações essenciais do produto ou serviço, que se estivessem expostas poderiam influenciar o comportamento do consumidor e, quem sabe, modificar a decisão de compra.

Em relação aos influenciadores digitais, estes comumente realizam publicidades enganosas comissivas e omissivas em trabalhos publicitários, de modo a informar benefícios de um determinado produto ou serviço que na verdade nunca existiu ou de deixar de informar um detalhe importante sobre um produto ou serviço, na tentativa de alcançar um maior público sem se ater a quais tipos de pessoas este seria contraindicado, acarretando em prejuízos inestimáveis aos consumidores e dificultando a decisão de compra.

Neste prisma, a abusividade da publicidade se verificará quando ocorrer, por parte de quem a exerce, a violação de normas legais ou princípios jurídicos, os quais objetivam proteger o sentimento geral da sociedade, ainda que não estejam expressos na legislação, bem como, será identificado quando ocorrer à violação de valores sociais ou juridicamente protegidos. (MIRAGEM, 2016, p.284)

A proibição da publicidade oculta se afere do princípio da identificação da mensagem publicitária delineado pelo artigo 36 do Código de Defesa do consumidor, o qual ensina que: " a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal." (BRASIL, 1990)

Este princípio afasta a publicidade velada, vale dizer, a que dificulta a compreensão do consumidor de que a mensagem é patrocinada. Neste sentido, esta deve ser facilmente identificada como uma mensagem publicitária ao consumidor, de modo a respeitar e conceder a este a plena decisão de compra.

Ademais, esta também é uma das problemáticas envoltas da profissão de influenciador digital: ao realizarem a publicidade de um produto de forma velada, acabam passando a ideia de que seja meramente uma opinião pessoal, o famigerado “conselho de amiga”, de modo a induzir o consumidor de que provou e gostou e incentivá-lo a fazer o mesmo.

5 I RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL

A partir da publicidade realizada por um influenciador digital, o consumidor correlaciona o objeto da publicidade com a admiração e com a própria imagem do influenciador, como o símbolo do sucesso, riqueza, juventude e alegria que esta personalidade esbanja na internet.

Assim, a problemática surge a partir das informações acerca dos produtos ou serviços repassados pelos influenciadores digitais em grande escala através de sua página online, as quais podem ser omissas ou errôneas de acordo com o modo em que é exposta, sendo os influenciadores responsáveis por transmitir uma falsa segurança aos consumidores, ora seguidores e admiradores.

Neste sentido, os influenciadores digitais atuam no papel de garantidor da qualidade do produto ou serviço anunciado, de modo a emprestar a sua imagem, depoimento e testemunho à marca; assim, será imputada a estes profissionais a responsabilidade pelas informações transmitidas, de acordo com a participação na publicidade realizada.

Destarte, sobrevém analisar a problemática central envolta a este estudo que é a responsabilidade civil dos influenciadores digitais em decorrência da inobservância aos preceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, interligando-se a legislações esparsas que são igualmente desrespeitadas nas publicidades ilícitas propagadas nas redes sociais, âmbito de atuação destes profissionais.

À vista disso, o CDC define que a responsabilidade pelo anúncio do produto ou do serviço é solidária e atingirá todos os que participaram da produção deste, bem como à sua veiculação, conforme se extrai do parágrafo único do artigo 7º: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. (BRASIL, 1990)

Ademais, o artigo 6º do mesmo diploma legal em seu inciso VI, concede ao consumidor como direito básico a efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais sofridos em decorrência das práticas comerciais realizadas, como a publicidade.

Deste modo, torna-se necessário compreender e elencar os participantes da elaboração da publicidade, os quais podem ser responsabilizados pelos danos causados a partir da publicidade e que ensejam no nexo de causalidade fundamental para a caracterização do dever de indenizar.

Araujo (2019, p. 59) afirma que a primeira figura importante desta relação, o

anunciante, é considerado como a empresa responsável pela confecção e comercialização do produto, sendo o principal interessado com o alcance da publicidade e, por conseguinte, o que mais se beneficia.

Além desta, há a figura da agência publicitária, que é especializada no assunto e detém todos os conhecimentos acerca do mercado e do modo artístico para moldar a publicidade, a fim de que esta atraia a atenção do público alvo, efetivamente impulsionando a expansão da marca. (ARAUJO, 2019, p.59)

A publicidade também inclui a participação e escolha de um veículo de comunicação, considerando que a finalidade publicitária compreende alcançar o maior número de pessoas, principalmente o público alvo da marca, sendo primordial a escolha variar entre grandes meios de comunicação como jornais, revistas, televisão e o mais atual meio, a internet.

Não obstante, como figura complementar e essencial à obtenção de resultados para a marca há as celebridades e as personalidades digitais, as quais mantém um vínculo contratual com a finalidade de realizar a propaganda e promover o produto ou serviço. Isto porque essas personalidades detém um grande apelo para com a população, como bem expõe Araujo (2019, p.59): "devido ao seu grande apelo com a população, seu poder se influência sobre a vida da sociedade é um forte aliado da publicidade".

Portanto, indaga-se acerca de qual seria a responsabilidade dos influenciadores digitais na participação efetiva nas publicidades realizadas e veiculadas através da página profissional destes. Ainda que não exista previsão expressa do CDC em relação aos participantes na elaboração da publicidade, este é analisado de forma conexa aos demais dispositivos que regulam a responsabilidade civil no contexto publicitário.

A teoria do risco busca justificar a responsabilidade objetiva, afirmando que à toda atividade capaz de gerar riscos a terceiros, deve suceder a devida reparação, independentemente da ocorrência, ou não, de culpa.

Em consonância ao entendimento de Paulo Nader (2016, p.59) a teoria do risco colabora com o equilíbrio social e com a igualdade nas relações, de modo que não oportuniza excluir a culpa como preceito básico da responsabilidade civil; pelo contrário, desempenha uma função de justiça não atendida pela teoria subjetiva.

5.1 A Responsabilidade do influenciador digital em analogia à das celebridades

Inicialmente, essa modalidade de publicidade se deu em razão da saturação do público em relação aos anúncios publicitários obrigatórios vinculados a televisão e agora na internet, deixando de dar a importância desejada ao que se assistia, trazendo a necessidade de uma remodelação no método publicitário.

Esta inovação ainda alcançava as celebridades televisivas, mas incluía uma nova personalidade com poder de influência e uma gama vasta de seguidores, que de livre e espontânea vontade optava por acompanhar o trabalho destes profissionais, os

influenciadores digitais.

> [...] a sociedade tende a apreciar o que estas pessoas tem a dizer, por isso, se tornaram fortes aliados das intenções publicitárias. Enquanto as celebridades são vistas como ídolos e que seu comportamento deve ser replicado, os influenciadores digitais apresentam a características de serem pessoas comuns que obtiveram o sucesso e notoriedade mostrando o seu cotidiano ou por tratarem de algum assunto, exteriorizando seus pensamentos e a suas experiências. (ARAUJO, 2019, p.53)

Neste diapasão, como já fora elucidado em capítulos anteriores, os influenciadores digitais adquiriram tamanho prestígio em decorrência da explanação de uma opinião pessoal e sincera sobre o que consumiam e de quem consumiam, em contraposição as celebridades que se distanciam do público justamente pelas peculiaridades da posição que ocupam. Assim, o papel ocupado pelas personalidades digitais sobreleva indicar que além de usufruir do serviço ou produto objeto da publicidade, estes também o recomendam.

Esse formato de publicidade, entendido como publipost, quando não sinalizado, é uma forma clandestina e tem em sua própria natureza o elemento da enganosidade. O consumidor não dedicaria tempo para a publicação se ela fosse identificada como tal desde o início, por isso, a não sinalização proposital é uma forma de enganar, já que se acredita que aquilo não se trata de publicidade. (ARAUJO, 2019, p.53)

O potencial de enganar o consumidor através da ausência de informações primordiais à identificação da publicidade e da marca se alavanca pela intenção de toda a cadeia publicitária (marca, agência e a personalidade escolhida) de que a publicidade seja convertida em emissão de uma opinião pessoal, certamente benéfica à marca, independentemente desta condizer, ou não, com a realidade fática.

Deste modo, todos os participantes da elaboração da publicidade serão considerados responsáveis e consequentemente responderão quando houver constatação de eventuais ilicitudes. Ainda assim, não fica inibido o seu direito de regresso, conforme bem deslindado por Araujo (2019, p. 60): “[...] podendo utilizar-se do direito de regresso, caso seja compreendido que o causador do dano foi um dos participantes em específico”.

Adentrando o âmbito da responsabilidade civil, mister se evidenciarem os três elementos primordiais para a sua caracterização e do posterior dever de indenizar os prejuízos causados: a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade.

A ação ou omissão compreende as condutas que podem gerar prejuízo aos consumidores. O dano está ligado a ao interesse transindividual, na medida em que se almeja proteger a coletividade de potenciais práticas lesivas. O nexo de causalidade refere-se à conexão estabelecida entre a ação ou omissão e o resultado desta – ou seja, o dano ao consumidor.

Neste prisma, deve ser considerado que a indicação de um produto ou serviço por parte de um influenciador digital ou de uma celebridade gera a confiabilidade por parte dos consumidores, tendo em vista o papel que estes ocupam na sociedade de consumidor.

Há de se perquirir a intensidade do poder de persuasão do agente no comportamento do consumidor, o que poderá inserir o influenciador na posição de garantidor do serviço ou produto divulgado em massa.

Deste modo, compreende-se que os influenciadores assumiriam a responsabilidade pelo que anunciam; portanto, também devem se ater aos princípios basilares da atividade publicitária e aos direitos básicos atinentes aos consumidores. Ressalvam-se, como sobredito, os limites da participação destes e o poder decisório impregnado na publicidade realizada.

De pronto se questiona se a responsabilidade destes profissionais se enquadraria na modalidade objetiva ou subjetiva. De acordo com Araujo (2019, p.67), uma das principais correntes que defende a subjetividade da responsabilização dos influenciadores digitais (aquela em que deve ser analisada a culpa dos agentes), o faz considerando que se trata de uma exceção à regra de objetivação do CDC, o qual prevê a hipótese da responsabilização subjetiva somente nos casos dos profissionais liberais. Contudo, a tese se torna prejudicada, na medida em que os influenciadores digitais não possuem todas as características de um profissional liberal, quais sejam, formação técnica e o registro em um conselho de classe ou ordem.

Por outro lado, há vertente que considera objetiva a responsabilidade destes profissionais, ao ponderar seu papel ativo na realização da publicidade. Eles, para manter a ligação direta e informal com o público, muitas vezes produzem a própria peça publicitária, incluindo a produção de imagens e textos. Tal reforçaria a responsabilidade objetiva dos influenciadores digitais, que acabariam assumindo o próprio papel da agência de publicidade, a qual já tem a sua responsabilização legalmente conferida. (ARAUJO, 2019, p.71)

> [...] devem ser aplicadas às celebridades todas as diretrizes do CDC, inclusive no que concerne a responsabilidade em caso de violação aos direitos dos consumidores, tendo em vista que as celebridades são partes integrantes da cadeia de consumo, figurando ao lado de todos os outros agentes. (GUIMARÃES, 2001, p.98)

Neste seguimento complementa Efing, Freitas e Gasparatto (2019, p.79): “Caso as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão os influenciadores aparece de forma negativa e prejudicial ao consumidor, confrontando, assim, os princípios da boa-fé e da confiança.”

Portanto, a responsabilização destes personagens está além da mera análise sobre a caracterização dessa nova profissão; estes devem observar o dever de proteção, seguindo os mesmos parâmetros publicitários contidos no CBAP e no CDC, tendo em vista o risco e a influência conexa à profissão. Assim, ao realizar a publicação de uma postagem patrocinada sem observância dos preceitos legais, restaria verificado o dolo desde a origem, em consonância ao explanado por Araujo (2019, p.72):

> Ao publicar um post sem a devida sinalização, o influenciador sabe que está agindo de maneira contrária a lei e que suas postagens trará consequências, ou seja, ele já age com dolo desde sua origem, ele sabe muito bem que sua ação é ilícita mas deseja prosseguir, pois está ganhando remuneração para isso, não há como medir a culpa ou dolo de sua ação, se a sua natureza já é proibida e tem como objetivo enganar o consumidor.

Guimarães, por outro lado, aponta o impasse de responsabilizar essas personalidades digitais em vista da ausência de relação direta com o produto ou serviço veiculado; todavia, também pondera que toda atividade profissional acarreta responsabilidade civil pelos danos por ela causados.

Conforme se sabe, o CDC, além de considerar a vulnerabilidade do consumidor em seu artigo 4º, inciso I, entabula a responsabilidade objetiva em relação ao causador do dano, fundado na teoria do risco, estabelecendo a solidariedade dos envolvidos na veiculação da oferta. Neste sentido, leciona o artigo 7º: “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (BRASIL, 1990).

Deste modo, compreende-se que a caracterização destes profissionais como liberais é insuficiente para enquadrá-los na responsabilidade subjetiva, principalmente ao se considerarem os motivos pelos quais os influenciadores digitais são contratados e efetivamente remunerados - em virtude da sua fama e prestígio –, não se relacionando às suas qualidades técnicas e intelectuais. Além disso, suas mensagens ao público, quando contratadas pelo anunciante, são impostas, não derivando de sua escolha pessoal e individual. Portanto, diante do exposto, parece ser mais adequada a responsabilização pautada na objetividade – sempre de acordo com a efetiva participação dos influenciadores digitais no poder de escolha do consumidor.

5.2 Equiparação Ao Fornecedor

De acordo com Bruno Miragem (2016, p.264) a nova doutrina contemporânea criou a figura do *fornecedor por equiparação*, que fica submetido à extensão da responsabilidade em razão dos termos da oferta. Deste modo, o fornecedor equipado seria um intermediário que de algum modo atua na relação de consumo ou colabora para a relação de consumo principal.

Sob o contexto do CBAP e do CDC, o seguidor poderá ser considerado como consumidor, tendo em vista que é o destinatário final da publicidade feita pelos influenciadores digitais. Surge, assim, a questão acerca da teoria do fornecedor equiparado, que poderia contemplar estas personalidades, por terem papel intermediário na relação principal.

Vale ressaltar que o CONAR classifica a atividade dessas personalidades digitais nas redes sociais por meio de publicações patrocinadas como anúncio publicitário, ao mesmo passo em que elenca como consumidores todas as pessoas que possam ser

atingidas pelo anúncio. É o que se extrai do artigo 18, item a e c, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

> Artigo 18 Para os efeitos deste Código:
>
> a. a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante
>
> c. a palavra consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.

Conquanto, de acordo com o posicionamento de Araujo (2019, p.68), o influenciador digital não possa ser responsabilizado por eventuais vícios ou defeitos no produto, considerando que estes não possuem controle acerca do que estão anunciando, mas tão somente sobre o seu poder de influência, não obstante, coloca no mesmo patamar as agências de publicidade e as plataformas digitais.

> Mesmo que o influenciador receba dinheiro proveniente da venda dos produtos, ou tenha interesse direto na venda, ele não responderá por vícios ou defeitos dos produtos, visto que, além do ponto comentado no parágrafo acima, somente é responsabilizado pelo fato ou vício do produto aqueles que, efetivamente, concorreram para colocação do produto no mercado, como o fornecedor, importador, fabricante, construtor. (ARAUJO, 2019, p.68)

Além disso, destaca que para ser verificada a responsabilização dos influenciadores digitais quanto ao *fato* do produto e do serviço (vale dizer, quando a falha atinge a vida, saúde e segurança do consumidor, extrapolando o mero prejuízo patrimonial), este deveria manter um nexo de causalidade entre o defeito contido no produto e a atuação do influenciador na cadeia de consumo. Afinal, além de não pertencer à cadeia de fornecimento que coloca o produto no mercado, não seria o influenciador quem dá causa ao vício ou defeito do produto.

> Outro ponto curioso está no fato de que a responsabilidade do comerciante nos casos de fato de produto foi entendida como subsidiária nos termos do art. 13 do CDC, em que o comerciante somente responde quando não for possível a identificação dos demais responsáveis, bem como o produto for perecível184. (ARAUJO, 2019, p.69)

Frise-se, nesse sentido, que, nesta espécie de responsabilidade (*fato do produto*) a própria legislação prevê a responsabilidade do comerciante como sendo subsidiária; ou seja, aquele que de fato comercializa o produto e o põe a venda não terá responsabilidade direta e imediata em relação aos produtos com defeitos por ele comercializados, com exceção das hipóteses previstas em lei.

Deste modo, entende-se que os influenciadores digitais se encontram no mesmo patamar das agências publicitárias, de acordo com o seu papel decisivo na relação contratual entre este e o anunciante.

6 I MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada no artigo se fundou na pesquisa bibliográfica de autores de livros, monografias e dissertações de trabalhos de mestrado e monografias de universidades. Plataformas de buscas como Google Acadêmico, Biblioteca Digital de Teses Dissertações e dentro outros agregaram para a elaboração e desenvolvimento da pesquisa.

7 I RESULTADOS E DISCUSSÃO

Buscou-se inicialmente analisar a atual definição do que são os Influenciadores digitais e a sua evolução enquanto *blogueiros* e *youtubers*, bem como, como se comportam na plataforma em que trabalham e qual o seguimento escolhido para tornar-se influente em determinado nicho.

Em contrapartida, urgiu a importância de ater-se em relação à diferença destes aos famosos televisivos, fator primordial para verificação da responsabilidade civil dos influenciadores digitais enquanto gestores do seu espaço de atuação, momento em que se verificam os pontos preponderantes deste artigo ao relacionar as práticas advindas da nova profissão de influenciador, quando prestadas sem a observância dos princípios basilares do direito do consumidor e sem a dimensão do quanto e como a publicidade veiculada será recebida pelos respectivos seguidores, os quais são considerados potenciais consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o enfoque principal de resguardar o consumidor nos termos da legislação consumerista, verifica-se o vínculo dos influenciadores digitais com os consumidores que os seguem e acompanham nas plataformas digitais, tendo em vista a relação de confiança estabelecida entre o influenciador e seus seguidores, os quais admiram e confiam no que é exposto por essas personalidades.

Assim, considerando o peso que detém a influência destes profissionais para a aquisição de um produto ou serviço a partir da publicidade realizada e veiculada em suas plataformas digitais, que são o seu principal espaço de atuação, devem eles ser responsabilizados pelos ilícitos cometidos ao publicitar em contrariedade aos preceitos legais, conforme o seu poder decisório na elaboração do anúncio publicitário.

Diante de todo o exposto, considera-se primordial a necessidade de responsabilização dos influenciadores digitais em virtude da posição de garantidores que ocupam frente aos seus seguidores ou inscritos a depender da plataforma, devido à clara relação de confiança estabelecida, da obtenção de benefícios e dos princípios discorridos dentre as premissas desta pesquisa, dentre os quais os princípios da boa-fé e da veracidade.

Assim, entende-se que a responsabilidade dos influenciadores digitais deve ser

compreendida como objetiva e solidária, em conformidade com o artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista o risco que a profissão apresenta por si só e pela influência que tais profissionais exercem sobre seu público, seus potenciais consumidores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor**. Coordenador Pedro Lenza. 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

ANDRADE, Lucas Magalães de; BUENO, Ademir Moreira. **Comportamento do Consumidor: um olhar científico sobre como e por que consumimos** [livro eletrônico]. Curitiba. Intersaberes. 2020.

ARAUJO, Jade Barros Bezerra. Publicidade na Era Digital: **A Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais nas Publicidades Clandestinas Feitas no Instagram**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2019.

BARBOSA, Nathalia Sartarello; MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. **O Reflexo da Sociedade do Hiperconsumo no Instagram e a Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais**. Direitos Culturais. Santo Ângelo. v. 13. n. 30. p. 73-88. maio/agos. 2018.

BRASIL, **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária** (1978). Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

BRASIL, **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 abr. 2021.

BRASIL, **Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 14 mar. 2021

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 30 mai. 2021.

CAMARGO, Isadora; ESTEVANIM, Mayanna; SILVEIRA, Stefanie C. da. **Cultura participativa e convergente: o cenário que favorece o nascimento dos influenciadores digitais**. Revista Communicare. Volume 17. Edição especial de 70 anos da Faculdade Cásper Líbero. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro. J. Zahar, 2003.

CONAR. **Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 16/05/2021.

CONAR. **Guia de Orientação Publicidade por Influenciadores**. 2021. Disponível em: <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03- 11.pdf>. Acesso em: 16/05/2021.

EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia O. de Almendra; GASPARATTO, Ana Paula Gilio. **Responsabilidade Civil Dos Influenciadores Digitais**. Revista Jurídica Cesumar. V. 19, n. 1, p. 65-87. Janeiro/abril 2019.

FIGUEIREDO, Diego Albino. **Digital Merchandising: Exposição de Produtos em Lojas Virtuais**. Disponível em: <http://diegosinais.net/digital-merchandising/>. Acesso em: 16/05/2021.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FRANCO, Denise Sirimarco. **A publicidade no Instagram feita por digital influencers à luz da boa-fé objetiva e do dever de informação**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2016.

GOMES, Erika Cirqueira; GOMES, Evando Ferreira. **O papel dos Influenciadores Digitais no relacionamento entre Marcas e Millennials na Era Pós-Digital**. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. Fortaleza. XIX Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste. Fortaleza/CE. 29/06 a 01/07/2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro Responsabilidade Civil**. volume 4. 12. ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

GREGGIANIN, Mônica; WIMMER, Juliane. **Influenciadores Digitais: Um Estudo de Caso Sobre o Perfil de Gabriela Pugliesi no Instagram**. Curso de Publicidade e Propaganda das Faculdades Integradas de Taquara – Faccat. 2017.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: RT, 2001.

INSTITUTO QUALIBEST. **As redes sociais no Brasil**. 2019. Disponível em: < https://www.institutoqualibest.com/download/redes-sociais-brasil/>. Acesso em: 15/05/2021.

INSTITUTO QUALIBEST. **O post é pago, e aí?**. 2018. Disponível em: < https://www.institutoqualibest.com/download/influenciadores-digitais-o-post-e-pago- e-ai/>. Acesso em: 15/05/2021.

INSTITUTO QUALIBEST. **Os maiores influenciadores do Brasil**. 2018. Disponível em: < https://www.institutoqualibest.com/download/baixe-o-ebook-os-maiores- influenciadores-dobrasil/>. Acesso em: 15/05/2021.

KARHAWI, Issaaf. **Influenciadores digitais: conceitos e práticas em discussão**. Revista Communicare - Edição especial de 70 anos da Faculdade. Volume 17. 2017.

MEIO E MENSAGEM. **Os cuidados ao contratar um influenciador**. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/videos/2016/08/11/os-cuidados-ao- contratarum-influenciador.html. Acesso em: 21/04/2021.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE E O MAR: DESAFIOS E OPORTUNIDADES

Data de aceite: 03/07/2023

Salustino David S. Andrade
Doutor em Ciência Jurídica (dupla titulação) pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) e Universidade de Perugia (Itália). Mestre em Assessoria Jurídica pela Universidade Politécnica de Madrid (UPM - Espanha). Pós-graduado em Direito (UPM) e em Administração Pública (INA-Portugal). Pós-graduando em Direito Internacional e Direito do Mar pela Universidade Caxias do Sul (Brasil). Graduado em Administração pelo Instituto Superior Politécnico de São Tomé e Príncipe. Jurisconsulto. Gestor. Professor de Direito na Universidade de São Tomé e Príncipe. Madre-de-Deus, Água Grande. São Tomé e Príncipe.

Comunicação proferida no 8.º Congresso Internacional do Direito na Lusofonia

RESUMO: Pretende-se com o presente artigo refletir acerca das questões que envolvem o Mar para um Pequeno Estado Insular em Desenvolvimento, como é São Tomé e Príncipe. O Mar que foi determinante na elevação e declínio de vários Estados, continua sendo um importante meio de comunicação, e é a principal via das redes de transporte mundial de mercadorias e bens, e ainda um grande gerador de riqueza. O Estado são-tomense beneficia de uma localização geoestratégica no Mar que constitui um desafio a sua soberania ao mesmo tempo que apresenta uma grande oportunidade rumo ao seu desenvolvimento. A Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar faz parte do leque dos assuntos jurídicos analisados neste artigo. A pirataria e a segurança marítima também serão analisadas. STP deve dar uma maior atenção aos assuntos do Mar, uma vez que o Mar constitui um catalisador para desenvolvimento socioeconómico, pelo que se apresenta as possibilidades de aplicação de estratégias e adoção de políticas legislativas que promovam a boa governação do Mar.
A técnica de pesquisa utilizada baseou-se na revisão bibliográfica, servindo-se de material interdisciplinar e análise documental, com fontes retiradas de *sites* das organizações internacionais e governos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Mar, Estado, Desafio e Oportunidade

1 I INTRODUÇÃO

Desde que se constituiu a Organização das Nações Unidas que esta organização de cariz internacional, foi envidando esforços junto aos seus membros para o estabelecimento de um marco internacional que pudesse regulamentar os diferentes espaços marítimos.

Entre a década 50 e 70 do século XX foram celebradas diversas convenções, até que no ano de 1982 assinou-se a "Constituição dos Oceanos", a Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar. Trata-se de um instrumento jurídico internacional que procura abordar num só documento a o regime jurídico da delimitação dos espaços marítimos, as competências dos Estados costeiros, a definição da pirataria marítima.

Busca-se neste artigo tratar dos espaços marítimos que estão sob jurisdição do Estado costeiro e inclusive nos espaços internacionais como o Alto Mar e a Área.

A pirataria e a segurança marítima constituem atualmente uma enorme preocupação para os Estados do Golfo da Guiné, pelo que se destaca nesta reflexão o que se passa e o que se deve fazer.

As ilhas do meio do mundo como são conhecidas e chamadas por vários pesquisadores, São Tomé e Príncipe, localiza-se no Golfo da Guiné (GG), no oceano Atlântico, distando do continente africano cerca de 300 km e é tocada ao sul da ilha de São Tomé pela linha do Equador e ao oeste da ilha do Príncipe pelo eixo meridiano.

As duas ilhas distam-se entre si cerca de 150 km o que permite que tenham uma ZEE medindo de área 125.891 km2, ou seja, o território marítimo é 160 vezes maior que o território terrestre.

Desde a chegada dos portugueses as ilhas na segunda metade do séc. XV que o arquipélago passou a desempenhar um importante papel no comércio mundial, mormente como entreposto de homens e mulheres feito escravos.

Situado no meio do Atlântico, a ilha de São Tomé foi escolhida como base de vida considerando a sua proximidade com América, Brasil (Bahia) e distância com África. O mar sempre esteve presente na vida da população da ilha, pois sendo um território insular, o único meio de chegar e sair do arquipélago, pelo menos, até meados do séc. XX foi o mar.

2 I ASSUNTOS DO MAR NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DO DIREITO DO MAR: A DELIMITAÇÃO DOS ESPAÇOS MARÍTIMOS, A PIRATARIA E SEGURANÇA MARÍTIMA

2.1 A Delimitação dos Espaços Marítimos

A Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar de 1982 deu um maior relevo e visibilidade aos assuntos do mar, tendo dado considerável importância mundial ao papel dos oceanos enquanto catalisadores da economia global, constituindo vias vitais de comunicação entre mercados, países, regiões e continentes.

Considerado um do mais importante instrumento jurídico internacional depois da Carta das Nações Unidas, a CNDUM estipula o regime e natureza jurídica dos diferentes espaços marítimos dos Estados costeiros, define o Estado arquipelágico, aborda as regras internacionais para proteção e preservação do meio marinho, frisa sobre a investigação científica e marinha, e trata sobre a pirataria e segurança.

Quanto ao espaço marítimo, a CNDUM preconiza e delimita as seguintes áreas: Mar Territorial, Zona Contígua, Zona Econômica Exclusiva (ZEE), Plataforma Continental, Alto Mar, Área e Águas arquipelágicas.

O artigo 2.º e 3.º da CNUDM estabelece que o Mar Territorial é a extensão do território de um Estado costeiro, e no caso de Estado arquipelágico, das águas arquipelágicas, que exerce a soberania e o controle pleno. Este espaço marítimo é medido a partir das linhas de base e não pode ultrapassar 12 milhas náuticas. A soberania exercida pelo Estado costeiro no Mar Territorial abrange o espaço aéreo sobrejacente e também a seu solo e subsolo, tendo ele direitos exclusivos sobre seus recursos vivos e não vivos[1].

"A linha que determina o fim das águas territoriais de um Estado demarca o início da Zona Contígua"[2], pelo que, de acordo com a CNUDM a Zona Contígua é um espaço marítimo que o Estado costeiro pode estabelecer como medida de proteção e segurança ao seu espaço terrestre, que pode se estender por 12 milhas náuticas após o Mar Territorial. O Estado costeiro, bem como o Estado arquipelágico possui soberania limitada neste espaço marítimo, podendo, contudo, fiscalizar e reprimir infrações às normas aduaneiras, fiscais, sanitárias, de imigração e quaisquer outras vigentes em seu território[3].

De acordo com o artigo 55.º a 57.º da CNUDM, a ZEE é um espaço marítimo que situa no limite exterior do Mar Territorial, sendo adjacente a este, medindo 200 milhas náuticas, contadas da linha de base, a partir da qual se mede a largura do Mar Territorial.[4] Na ZEE, o Estado costeiro possui soberania de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar e o seu subsolo. O Estado costeiro pode, na ZEE, realizar atividades de exploração e aproveitamento económico, além de possuir jurisdição para estabelecer ilhas artificiais e estruturas voltadas à investigação marinha.[5]

Por sua vez, a Plataforma Continental mede 200 milhas náuticas a contar a partir da linha de base usada para medida do Mar Territorial (artigo 76.º), que poderá ser estendida até as 350 milhas náuticas (art. 76.5). Este espaço marítimo compreende o leito e o subsolo

1 Artigo 2.º e 3.º CNUDM. RIBEIRO, M. C. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões** *in* Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010. p. 269.
2 ZANELLA, Tiago Vinicius. **Curso Direito do Mar.** Curitiba: Juruá, 2013. p. 192.
3 CNDUM. Art. 33.1 e 2.
RIBEIRO, M. C. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões** *in* Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010. p. 269.
4 CNUDM. Art. 55.º a 57.º
5 ZANELLA, Tiago Vinicius. **Curso Direito do Mar.** Curitiba: Juruá, 2013. p. 209. RIBEIRO, M. C. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões.** *In:* Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010. p. 271.

das áreas submarinas do Estado costeiro que se estendem além do seu Mar Territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental.[6]

A CNUDM estabeleceu também dois espaços marítimos fora da jurisdição de qualquer Estado, que é a zona internacional do leito do mar: o Alto Mar e a Área.

O Alto Mar inicia onde termina a ZEE, ou seja, o limite interior do Alto Mar coincide com o limite exterior da ZEE, estando aberto a todos os Estados, costeiros ou sem litoral.[7]

A Área é uma zona situada além das jurisdições nacionais que compreende o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo.[8] A CNUDM estabelece que a Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade.

As Águas arquipelágicas são espaços marítimos que circundam o perímetro dos territórios arquipélagos até as suas linhas de base. Os Estados arquipélagos detêm soberania sobre as águas anteriores às linhas de base que circundam as ilhas do arquipélago.[9]

Diante destas limitações, o Estado são-tomense beneficia de uma localização geográfica que permite uma ligação marítima direta com qualquer Estado do Golfo da Guiné. A sua localização no meio do mar constitui um desafio a sua soberania ao mesmo tempo que apresenta uma grande oportunidade para o seu desenvolvimento.

São Tomé e Príncipe, que tornou num Estado independente a 12 de 1975, participou na negociação da CNUDM e ratificou-a em 3 de novembro de 1987, tendo esta entrado no ordenamento jurídico são-tomense a 11 de novembro de 1994, por força do art. 13.º n.º 3 da Constituição da República. Em conformidade com a CNUDM, STP aprovou a Lei nº. 1/98, de 31 de março, publicada no Diário da República n.º 3, que define a linha de base arquipelágica, os vértices e as coordenadas da localização dos respetivos pontos.

2.2 A Pirataria e a Segurança Marítima no Golfo da Guiné

A prática da pirataria é bastante antiga e remonta a datas antes de Cristo, sobretudo com os povos egípcios e gregos. A questão da pirataria marítima se intensifica pelo fato de que quase a totalidade do comércio internacional é realizado por mar – mais de 80% - fazendo com que as embarcações se tornem alvo de investidas piratas e causando enorme prejuízo à economia mundial.

Atualmente os piratas podem tanto pertencer a uma grande organização criminosa munida de armamento bélico sofisticado, quanto serem apenas pescadores com pouco equipamento para realizar os ataques. As embarcações vítimas desses “piratas

6 CNUDM. Art. 76.º.RIBEIRO, Chantal Marta. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões** *in* Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010. p. 269.

7 Convenção sobre o Alto Mar. *In:* Convenção de Genebra sobre o Direito do Mar de 1958. Art. 1

8 CNUDM. Art. 1,1,1.

9 CNUDM. Art. 49.1-3.

contemporâneos" vão desde navios petroleiros até barcos de passeios.

Os espaços marítimos onde ocorre a maior parte dos atos de pirataria é a área considerada pela CNUDM como Alto Mar, mas também há registos de pirataria em Zonas Econômicas Exclusivas e Zona Contígua. Quando esses atos ocorrem – porque têm ocorrido – no Mar Territorial convencionou-se tipificar como roubo.

A CNUDM caracteriza o que são atos de pirataria:

> "*a)* Qualquer ato ilícito de violência ou de detenção ou qualquer ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra:
>
> I. um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos;
>
> II. um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de qualquer Estado;
>
> *b)* Qualquer ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de factos que deem a esse navio ou a essa aeronave o carácter de navio ou aeronave pirata;
>
> *c)* Qualquer ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados nas alíneas *a)* ou *b)*.[10]

Conforme se perceciona pela leitura deste artigo da CNUDM, existem três formas de se envolver com esse crime: a pirataria em si, a participação ou o auxílio a ela. Para constituir pirataria é necessário que o ato seja feito por parte de uma embarcação privada e em espaço marítimo internacional, ou seja, fora da jurisdição dos Estados, constituindo, desse modo, um crime de direito internacional; caso a violência ocorra dentro dos limites de jurisdição de um Estado, caracteriza-se como "roubo armado contra navios"[11]. Quando o crime ocorre dentro da jurisdição do Estado, este é responsável pelo julgamento e punição, podendo inclusive aplicar outras leis internas.

Devido ao crescimento económico de alguns países na América, no Leste e Sudeste Asiático e na África sem a sua tradução no consequente desenvolvimento económico de uma maneira visível na vida da população, devido ainda a instabilidade politico-governativa, a corrupção em massa, as elevadas taxas de desemprego, falta de transparência nos lucros obtidos na indústria petrolífera, etc. tem feito com que essas regiões do globo sejam mais afetadas pela prática da pirataria marítima.

Na África, por exemplo, durante muitos anos a pirataria concentrou no Golfo de Áden, por conta da instabilidade institucional e politico-governativa na Somália, mas desde 2010 que a pirataria tem crescido de uma maneira bastante assustadora no Golfo da Guiné, deixando as águas internacionais e adentrando nas zonas jurisdicionais dos Estados

---

10 CNUDM. Art. 101.º

11 Código de Prática para Investigação de Crimes de Pirataria e Roubo Armado contra Navios, resolução 1025 da Organização Marítima Internacional

costeiros.

Atualmente o Golfo da Guiné - que é uma vasta área, compreendendo 6.000 quilômetros de litoral da parte ocidental da África que se estende do Senegal no Norte a Angola no Sul, conta com 20 Estados costeiras e arquipelágicos, além de vários Estados sem litoral - é um dos principais centros de pirataria no mundo, sobretudo devido as recentes descobertas petrolíferas nos países desta região.

Dispõe a CNUDM no artigo 100.º que "Todos os Estados devem cooperar em toda a medida do possível na repressão da pirataria no alto mar ou em qualquer outro lugar que não se encontre sob a jurisdição de qualquer Estado."

O combate à pirataria marítima passa por um dever de cooperação internacional entre os Estados para conseguirem reprimir esta prática criminosa e para que este desiderato seja alcançado levanta-se a questão de segurança marítima.

Ora, a segurança dos e nos espaços marítimos também ocupa um lugar central entre as preocupações da vida quotidiana, assumindo-se como um pré-requisito para o desenvolvimento de qualquer outra atividade no mar. Ou seja, a segurança marítima está associada ao desenvolvimento econômico, por essa razão garantir a segurança da navegação marítima é de extremamente importante.

Entretanto, contrariamente a pirataria marítima, o conceito de segurança marítima não se encontra claramente definido nas convenções internacionais na medida em que abarca diferentes conceitos no direito do mar e do direito marítimo. Desse modo, pode-se conceitualizar a segurança marítima em "*maritime safety*" e "*maritime security".*

O "*maritime safety"* refere-se à prevenção ou minimização de potenciais acidentes no mar, que possam ocorrer como resultado da não conformidade com as normas aplicáveis à construção, equipamento e operação de navios.

Por sua vez, o "*maritime security"* trata de assuntos relacionados a disputa de fronteiras marítimas, terrorismo marítimo, pirataria e assaltos à mão armada, tráfico de narcóticos, pessoas e bens ilegais, proliferação de armas, pesca ilegal, crimes ambientais e nos acidentes marítimos. É deste último que se aborda nesta pesquisa.

Está-se a referir a segurança nos diferentes espaços marítimos sob jurisdição de um Estado e ou nas águas internacionais. A segurança marítima (*maritime security)* sempre foi uma problemática para os Estados costeiros africanos. Questiona-se: até onde os Estados costeiros podem agir de acordo com as convenções internacionais e leis internas? Se para proteção dos espaços marítimos sob soberania dos Estados costeiros no Golfo da Guiné tem sido bastante difícil, imagina como seria complexo e custoso fazer a proteção dos mares e oceanos, além das águas territoriais de cada Estado?

Os Estados costeiros no Golfo da Guiné compreenderam que precisam depender da cooperação estatal e da jurisdição internacional para protegerem os seus espaços marítimos. A segurança marítima começa em terra, mais precisamente na estabilidade dos países e na operacionalização de políticas de proteção recíproca, na infraestruturação

dos países, criando e alocando meios e qualidade de vida para a população, ou seja, a segurança marítima implicará forçosamente uma visão holística da segurança no Golfo da Guiné, de forma alguma cingida a uma perspetiva de segurança exclusivamente militar, a que se tende a reduzir as abordagens da insegurança e da prevenção e gestão dos conflitos na zona.[12]

Visando cumprir com este desiderato "tem sido notável o esforço empreendido pela grande maioria dos Estados do Golfo da Guiné ao nível de reformas legislativas e ações de cooperação e coordenação das autoridades marítimas no combate e repressão da pirataria marítima e assalto à mão armada no mar"[13]. Vários tratados foram celebrados entre os países do Golfo da Guiné e entre esses países e Estados terceiros.

3 I O ESTADO SÃO-TOMENSE E O MAR

Na história dos grandes impérios, constata-se que o mar desempenhou um papel crucial na formação e declínio dos mesmos. Nos nossos dias, o acesso ao mar, ainda constitui motivos de conflitos entre Estados, pois além de ser uma importante via de navegação e comunicação para transporte de pessoas e mercadorias, o mar funciona como o gerador de riqueza nas mais diversas vertentes económicas.

Para evitar os conflitos embasado no mar e regular os espaços marítimos, os Estados celebraram um conjunto de resoluções, tratados e acordos que originou num marco legal internacional, a Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar de 1982. A Convenção de Montego Bay – como também é conhecida - deu mais visibilidade aos assuntos do mar, uma vez que apresenta de forma sucinta os regimes jurídicos dos diferentes espaços marítimos, bem como, especifica as delimitações e poder jurisdicionais dos Estados nos mares e oceanos. Trata-se de um instrumento jurídico internacional, na minha ótica, mais importante depois da Carta das Nações Unidas.

Se a CNUDM delimitou o mar depois de muita discussão entre os Estados, já os Estados interiores e costeiros na África têm as suas fronteiras terrestres traçadas por ex-potências colonizadoras desde finais do séc. XIX, na Conferência de Berlim, enquanto os Estados Insulares como é São Tomé e Príncipe as suas fronteiras são delimitadas pelo mar.

Deste modo, as ilhas por possuírem quase sempre apenas fronteiras marítimas reúnem desde logo um imperativo para se constituírem em Estados pois têm um território autónomo.

Quando se olha para a África existe muita nação que ultrapassa a fronteira dos Estados, não é o que acontece com as ilhas e particularmente com São Tomé e Príncipe. O mar determina os limites territoriais terrestre do Estado são-tomense e condiciona a forma

12 NASCIMENTO, Augusto. **São Tomé e Príncipe e os Desafios da Segurança Marítima no Golfo da Guiné.** Investigador do Instituto de Investigação Científica Tropical, Lisboa. Colaborador do CEA-ISCTE/IUL e CEAUP

13 RIBEIRO, M. C. **Está o Direito Penal Português Preparado para o Regresso da Pirataria Marítima?** *In* Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos. Gustavo Ferraz de Campos Monaco Maria Rosa Loula (Coordenadores). Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo. p. 405

de viver dos seus habitantes.

O povo, sendo um outro elemento essencial na formação do Estado, no caso de São Tomé e Príncipe, possui características próprias, tendo uma matriz europeia e africana constituindo assim o homem e a mulher são-tomense.

Embasado nestes dois elementos, os são-tomenses organizaram-se e estabeleceram um poder político que veio a declarar a independência das ilhas em 1975.

Desde então, o poder político são-tomense tem vindo a adotar medidas legislativas visando o crescimento económico do arquipélago, mas tem enfrentado diversos desafios e deixado passar diversas oportunidades que o mar oferece. O mar que disponibiliza *n* alternativas ao crescimento económico, ao mesmo tempo limita, condiciona e inviabiliza o desenvolvimento sustentável do país.

Neste âmbito, uma das importantes decisões que o poder político fez, foi deixar claro no ordenamento jurídico constitucional são-tomense os limites territoriais terrestres e marítimos.

O artigo 4.º da Constituição sob epígrafe "Território Nacional" estabelece que «1. O território da República Democrática de São Tomé e Príncipe é composto pelas ilhas de São Tomé e Príncipe, pelos ilhéus das Rolas, das Cabras, Bombom, Boné Jockey, Pedras Tinhosas e demais ilhéus adjacentes, pelo mar territorial compreendido num raio de doze milhas a partir da linha de base determinada pela lei, pelas águas arquipelágicas situadas no interior da linha de base e o espaço aéreo que se estende sobre o conjunto territorial atrás definido.»

Desde logo compreende-se que se trata de Estado Insular quando refere "composto por ilhas" e o Dicionário da Porto Editora, na sua 7.º edição, ensina que "ilha é porção de terra emersa rodeada de água, nos oceanos, mares e lagos".

O número 2 do artigo 4.º da Constituição reza a dado momento que "O Estado São-tomense exerce a sua soberania sobre todo o território nacional, o subsolo do espaço terrestre, o fundo e o subsolo do território aquático formado pelo mar territorial e as águas arquipelágicas, bem como sobre os recursos naturais vivos e não vivos que se encontrem em todos os espaços supramencionados e os existentes nas águas suprajacentes imediatas às costas, fora do mar territorial, na extensão que fixa a lei, em conformidade com o direito internacional.

Estes dispositivos constitucionais determinam que o Estado de Direito Democrático que se chama São Tomé e Príncipe é um estado arquipelágico, e que detém domínio sobre os recursos disponíveis no seu território marítimo.

O território marítimo são-tomense está regulamentado pela Lei n.º 1/98 (Delimita o Espaço Marinho são-tomense), embasado na Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar, Convenção ratificada pelo Estado São-tomense a 3 de novembro de 1987, e entrada em vigor no ordenamento jurídico a 11 de novembro de 1994, conforme reza artigo 13.3 da Constituição.

Sendo um Estado arquipelágico, situado no centro do mundo, São Tomé e Príncipe tem a maior parte do seu território composto por mar. A sua característica insular e o seu posicionamento geoestratégico fazem com que no oceano esteja uma das maiores riquezas do país, constituindo também um dos mais importantes desafios.

Este Pequeno Estado Insular em Desenvolvimento (PEID) vê-se obrigado a conviver em uma relação de grande proximidade com os Estados vizinhos: Guiné Equatorial, Gabão e Nigéria. Devido essa proximidade e para evitar potenciais conflitos, numa zona onde os Estados Interiores vivem em constante ebulição, as autoridades são-tomenses negociarem acordos de delimitação de fronteiras marítimas com seus vizinhos, já que existe sobreposição de zonas marítimas.

Com a Guiné Equatorial e o Gabão, o Estado são-tomense celebrou acordos de delimitação de fronteiras marítimas, com Nigéria assinou um tratado de exploração conjunta que abarca hidrocarbonetos e recursos vivos nos mares.

3.1 Os Desafios do Estado São-tomense no Mar

Quando se olha para a localização geoestratégia de STP constitui em si mesmo em desafio. Desafios de segurança que podem afetar o tráfico e o tráfego marítimo, limitando a segurança marítima e a liberdade dos mares como é caso de pirataria que tem tido um crescimento exponencial no Golfo da Guiné.

No Golfo da Guiné tem ocorrido várias atividades ilícitas que comprometem a segurança e navegação, podendo constituir desafio a manutenção de Estado de Direito Democrático.

Basta recordar que no ano 2009, registou-se uma tentativa de golpe de Estado na Guiné Equatorial[14], mas concretamente na parte insular, em que os suspeitos chegaram a Malabo proveniente do mar.

Segundo a Professora Marta Chantal da Universidade de Porto, quando se analisa as informações dos anos 2015 a 2019 realizada pelo *International Maritime Bureau* revela que o centro da pirataria marítima em todo o mundo deslocou-se para o Golfo da Guiné, região africana seguida pelo sudeste asiático e a américa latina. Refere ainda que o MICA *Center* aponta 111 incidentes marítimos só no ano 2019 na África Ocidental e Central[15].

Sendo um PEID, STP não dispõe de recursos financeiros, nem de navegação para controlar o seu mar, pelo que tem recorrido a parcerias com outros Estados para proteger o seu mar e quiçá garantir a sua soberania.

O combate a pesca ilegal, ao tráfico de drogas e descarga de lixo tóxico, o

14 RIBEIRO, M. C. **Está o Direito Penal Português Preparado para o Regresso da Pirataria Marítima?** *In* Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos. Gustavo Ferraz de Campos Monaco Maria Rosa Loula (Coordenadores). Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo. p. 389

15 RIBEIRO, M. C. **Está o Direito Penal Português Preparado para o Regresso da Pirataria Marítima?** *In* Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos. Gustavo Ferraz de Campos Monaco Maria Rosa Loula (Coordenadores). Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo. p. 389

alargamento da plataforma continental, a segurança marítima no que toca a transporte de pessoas e mercadorias; segurança marítima no que tange a proteção da ZEE; a construção de um porto acostável são desafios para o Estado são-tomense.

Quando se olha para a Estratégia de Segurança do Mar para Economia Azul verifica-se que STP tem pela frente enormes desafios que se bem analisadas serão com certeza oportunidades para a promoção da economia rumo ao desenvolvimento sustentável.

3.2 As Oportunidades do Estado São-tomense no Mar

Da mesma forma que vários desafios são colocados ao Estado são-tomense, enquanto um Pequeno Estado Insular em Desenvolvimento, as oportunidades oferecidas pelo mar são imensas.

Não obstante imensas oportunidades estarem à disposição do Estado são-tomense é necessário que o país seja ou esteja dotado de meios humanos e financeiros capazes de rentabilizar as oportunidades.

Transformar STP em um centro de prestação de serviço no Golfo da Guiné é uma oportunidade que obriga aplicar conhecimento humano, dispor de meios financeiros para que esta oportunidade seja uma realidade.

A transformação de STP num centro prestação de serviço no Golfo Guiné traz atrelado a necessidade de construção de um porto acostável, melhoria das condições de saúde e saneamento do meio, aposta na educação que passa pela formação, capacitação e especialização científica avançada, melhoria e modernização estradas e quiçá abertura de um aeródromo.

Além disso, o país tem a oportunidade de institucionalizar legislação que possa permitir estabelecimento das Áreas Marinhas Protegidas, Controlo e Fiscalização Pesqueira na ZEE, exploração de petróleo bem como de recursos vivos na ZEE.

No emaranhado de oportunidades, não se pode esquecer que o Golfo da Guiné configura-se em uma área estratégica cada vez mais relevante, principalmente pelo incremento do comércio marítimo em suas águas e que do ponto de vista estratégico-militar, São Tomé e Príncipe, para além de Cabo Verde e de Angola, têm atributos geográficos ímpares que lhe permitem tornar-se num “ponto estratégico” em pleno Golfo da Guiné, controlando uma vasta área marítima, onde estão presentes várias plataformas petrolíferas.

Para cada desafio que o mar apresenta a São Tomé e Príncipe, o mar também encarrega de oferecer uma oportunidade de se promover o crescimento económico do arquipélago.

A pirataria ao constituir um desafio que pode ser inclusive uma ameaça ao Estado de Direito Democrático, constitui uma oportunidade para que o Estado são-tomense investir na guarda costeira, dotando-a de meios humanos, equipamentos e materiais, acordar parceiras com países do Golfo da Guiné e Estados terceiros que poderão apoiar o controlo

e a fiscalização da ZEE.

O combate a pesca ilegal é outro desafio, que se transforma em uma oportunidade que como consequência do investimento que se faz na guarda costeira, obrigará o Estado são-tomense a organizar e estabelecer uma frota pesqueira, sendo uma oportunidade ímpar para gerar riqueza ao mesmo tempo que tirará da pobreza milhares de pescadores artesanais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento do regime jurídico delimitando o espaço marítimo, bem como as competências do Estado costeiro naquilo que convencionou-se identificar como Mar Territorial, Zona Contígua, Zona Económica Exclusiva, Plataforma Continental, Alto Mar e Área, limita o Estado a praticar ações apenas nos espaços marítimos que estão sob a sua jurisdição, ou seja, onde detém soberania.

A pirataria marítima é uma realidade, enquanto a falta de segurança também continua sendo uma realidade. Sempre que ocorre um ato pirata, reflete a falta de segurança.

São Tomé e Príncipe, enquanto Estado arquipelágico, precisa capitalizar muito mais o mar, promovendo uma política desenvolvimentista para o mar, incentivando o aproveitamento dos recursos vivos e não vivos disponíveis nas águas sob sua jurisdição, bem como jurisdição partilha.

Pergunta-se: a situação geográfica de São Tomé e Príncipe é um privilégio ou um risco para o Estado são-tomense? Poderá o Estado São-tomense vencer os desafios que o mar lhe coloca? Terá o Estado São-tomense recursos humanos para aproveitar as oportunidades que o mar lhe apresenta?

Os desafios e as oportunidades são enormes e estão diante do Estado são-tomense que deve continuar a encará-lo de cabeça e quiçá uma pessoa

REFERÊNCIAS

RIBEIRO, M. C. **Está o Direito Penal Português Preparado para o Regresso da Pirataria Marítima?** *In* Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos. Gustavo Ferraz de Campos Monaco Maria Rosa Loula (Coordenadores). Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo.

RIBEIRO, M. C. **O Direito do Mar, sua Evolução e Repercussões** *in* Políticas Públicas do Mar Para um novo Conceito Estratégico Nacional. MATIAS, Nuno V. e outros (Coordenadores). Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2010.

ZANELLA, Tiago Vinicius. **Curso Direito do Mar.** Curitiba: Juruá, 2013. p. 192.

NASCIMENTO, Augusto. **São Tomé e Príncipe e os Desafios da Segurança Marítima no Golfo da Guiné.** Investigador do Instituto de Investigação Científica Tropical, Lisboa. Colaborador do CEA-ISCTE/IUL e CEAUP

Convenção sobre o Alto Mar. *In* Convenção de Genebra sobre o Direito do Mar de 1958

Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar de 1983.

Resolução 1025 da Organização Marítima Internacional. **Código de Prática para Investigação de Crimes de Pirataria e Roubo Armado contra Navios**

SOBRE O ORGANIZADOR

DOUGLAS SANTOS MEZACASA: Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá; Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (PUCPR); Coordenador e Professor Efetivo do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG); Pesquisador Associado pela Universidade Federal do Mato Grosso (UF MT) e pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR; Parecerista; Advogado.

A

C

D

E

DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

4

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

@atenaeditora

www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2023

DIREITO: IDEIAS, PRÁTICAS, INSTITUIÇÕES E AGENTES JURÍDICOS

4

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2023